

## L'INDISPENSABLE EVOLUTION DES ORGANES DE CONTROLE ETATIQUE

690. Il serait optimiste et ambitieux d'imposer une méthode particulière afin d'obtenir la transparence des traitements algorithmiques. D'une part, car c'est souvent une question technique et non juridique, et d'autre part, car il convient d'obtenir une certaine neutralité juridique des moyens permettant d'y parvenir, ceci n'empêchant cependant pas de s'assurer que la théorie ne soit pas rendue ineffective par la réalité technique.

691. Dans la sphère numérique, la transparence est nécessairement fluctuante et nos travaux consistent à proposer une articulation entre le pouvoir politique et la technique afin qu'ils se nourrissent l'un l'autre, et que le régime démocratique s'adapte à ces enjeux en garantissant les droits et libertés fondamentales. Lawrence Lessig se demandait quelle forme l'Etat devrait prendre pour survivre<sup>1336</sup> dans ce nouvel univers. Nous proposons dans ces travaux l'un des modèles possibles d'articulation entre le pouvoir politique et informatique, et ce au service du principe de transparence des traitements algorithmiques constitutionnellement protégé<sup>1337</sup>. Comme nous l'avons vu lors du premier chapitre, l'Etat bénéficie d'une légitimité sans commune mesure par rapport aux acteurs privés, puisqu'il est l'incarnation de la souveraineté politique, et donc le préalable nécessaire à l'exercice de l'autonomie des citoyens en démocratie. Bien qu'il ne s'agisse pas de nier les progrès de l'informatique, et ses atouts lorsqu'elle est au service des citoyens<sup>1338</sup>, les pouvoirs constitués doivent s'adapter à ce fait juridique en permanente mutation.

692. Il apparaît que l'approche contemporaine, par une multitude d'autorités de régulation et de contrôle des traitements algorithmiques, affaiblit davantage la puissance publique plus qu'elle ne la renforce. Ainsi, nous proposons la création d'une autorité de contrôle unique dont la compétence sur la question de la transparence technique serait exclusive (Section 1).

693. Au regard du haut niveau de technicité que nécessite la compréhension du numérique et de ses enjeux, et ce dans le but de respecter la traditionnelle séparation des pouvoirs, nous convenons qu'il serait préférable pour des raisons démocratiques qu'une troisième chambre

---

<sup>1336</sup> L'auteur constate que les institutions étatiques ne peuvent pas répondre en l'état à ce nouveau fait juridique, sans pour autant formuler une proposition : « *Liberty in cyberspace will not come from the absence of the state. Liberty there, as anywhere, will come from a state of a certain kind* », nous traduisons, « La liberté dans le cyberspace ne viendra pas de l'absence de l'Etat. La liberté, là-bas, comme n'importe où, viendra d'un Etat d'un certain genre », LESSIG L., *Code version 2.0*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>1337</sup> *Supra.*, n° 664 et s.

<sup>1338</sup> Art. 1 LIL modifiée indique que « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen* ».

législative soit créée pour porter spécifiquement les débats sur ces sujets, et notamment sur la question de l'exercice du principe de transparence juridique des traitements algorithmiques. Enfin, une spécialisation de la justice dans ce domaine semble devenir également une évidence (Section II).

## **SECTION I - DE LA CREATION D'UNE AUTORITE DE CONTROLE UNIQUE**

694. Alors que le législateur semblait convaincu, dans les années soixante-dix, par la création d'une autorité de régulation, force est de constater qu'au fil des décennies la CNIL a été affaiblie. Pour pallier ces insuffisances, de nombreux autres organes ont été créés et se sont vus confier une mission de transparence des traitements algorithmiques (Paragraphe 1). Ce modèle de régulation, en plus de heurter la traditionnelle séparation des pouvoirs, n'a pas su pour autant produire les résultats escomptés faute d'harmonisation. C'est la raison pour laquelle nous proposons une rationalisation de ces organes afin de concentrer une force publique suffisante, tout en offrant des garanties d'indépendance, et ce dans le but de concourir au mieux à la transparence des programmes informatiques ainsi que du matériel les exécutant, condition *sine qua non* à l'effectivité des droits à l'ère du numérique (Paragraphe 2).

### **PARAGRAPHE 1 - Une pluralité d'autorités de contrôle compétentes pour connaître de la transparence des traitements**

695. En appréhendant l'émergence d'un nouveau fait juridique à savoir le développement de l'informatique grand public, surtout au sein des administrations françaises, s'est très vite posée la question de la création d'une commission de régulation (A). Mais cette instance, spécialisée dans la protection des données à caractère personnel, a été concurrencée par d'autres organes chargés de la régulation des autres secteurs dans lesquels l'informatique a fait son immixtion, ce qu'il convient d'évoquer par l'intermédiaire de quelques illustrations (B).

#### **A - Historique et rôle initial de la CNIL**

696. Il nous paraît nécessaire de remonter à la création de la CNIL afin de comprendre quel est l'esprit qui sous tendait la première réponse à l'émergence du fait juridique étudié. Avant l'émoi suscité par l'affaire SAFARI révélée le 21 mars 1974 dans les colonnes du journal *Le*

*Monde*<sup>1339</sup>, il était déjà question de réglementer l'informatique, en l'occurrence de doter la France d'un régime juridique sur les données à caractère personnel. En effet, en France, une proposition de loi est déposée par Michel Poniatowski à l'Assemblée nationale le 25 novembre 1970<sup>1340</sup>. Dans cette proposition, il est question de créer un comité de surveillance ainsi qu'un Tribunal de l'informatique. Puis, plus tardivement, en 1974, quelques semaines à la suite de l'article de Philippe Boucher, une nouvelle proposition de loi tendant à créer un directoire et un Tribunal de l'informatique est déposée au Sénat<sup>1341</sup>. Dans ce modèle, ce sont les propriétaires d'ordinateur qui doivent fournir à un directoire<sup>1342</sup> des informations sur le fonctionnement des traitements<sup>1343</sup>. Ce directoire aurait, de plus, bénéficié d'un pouvoir d'investigation concernant les traitements des organismes exerçant une mission de service public<sup>1344</sup>, ce qui démontre que dans ce contexte, la première des menaces était la puissance publique. Il aurait été possible d'y enregistrer des plaintes, mais afin de respecter la traditionnelle séparation des pouvoirs, le directoire ne disposait pas de la compétence d'infliger des sanctions. En effet, cette autorité jouait uniquement un rôle de filtre afin de transmettre les plaintes fondées à un tribunal spécialement dédié à la matière informatique<sup>1345</sup>. Bien qu'intéressante, cette approche imparfaite n'a pas été retenue. Enfin, le 4 avril de la même année, une autre proposition de loi est déposée par Pierre-Bernard Cousté<sup>1346</sup>, afin que soit uniquement créée « *une commission de contrôle des moyens informatiques* » dotée d'un pouvoir d'investigation et de la possibilité de transmettre des plaintes reçues au « *tribunal administratif de Paris siégeant en qualité de tribunal de l'informatique* »<sup>1347</sup>.

697. Il faudra attendre l'élection présidentielle de 1974 et la constitution d'un nouveau gouvernement pour qu'un décret<sup>1348</sup> institue la Commission Informatique et Libertés en vue notamment d'aboutir à un nouveau régime juridique. La mission principale de cette commission

<sup>1339</sup> BOUCHER, P., « *Affaire SAFARI ou la chasse aux français* », *op. cit.*, p. 9.

<sup>1340</sup> Voir en ce sens, PONIATOWSKI M., proposition de loi tendant à la création d'un comité de surveillance et d'un tribunal de l'informatique n° 1454, 4ème législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 novembre 1970.

<sup>1341</sup> CAILLAVET H., proposition de loi n° 144 tendant à créer un Directoire et un Tribunal de l'Informatique, seconde session ordinaire 1973-1974, Sénat, enregistrée à la Présidence du Sénat le 2 avril 1974.

<sup>1342</sup> Ce directoire aurait été composé de onze membres, à savoir deux membres nommés par le Président de la République, par l'Assemblée nationale, le Sénat, le Conseil d'Etat, par la Cour de cassation, ainsi que d'un Président nommé par les autres membres. *Ibid.*, art. 1.

<sup>1343</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>1344</sup> *Ibid.*, art. 3.

<sup>1345</sup> Le Tribunal de l'informatique aurait été composé de « *deux conseillers d'Etat désignés par le vice-président du Conseil d'Etat ; deux conseillers à la Cour de Cassation désignés par le premier président de la Cour ; un professeur agrégé de droit désigné par le Premier Ministre* ». *Ibid.*, art. 5.

<sup>1346</sup> COUSTE P-B., proposition de loi n° 1004 tendant à créer une commission de contrôle des moyens d'informatique afin d'assurer la protection de la vie privée et des libertés individuelles des citoyens, 5ème législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 avril 1974.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, art. 4.

<sup>1348</sup> Décret n° 74-938 du 8 novembre 1974 portant création de la commission Informatique et libertés.

était de proposer un régime juridique « *tendant à garantir que le développement de l'informatique, dans les secteurs publics, semi-public et privé se réalisera dans le respect de la vie privée, des libertés individuelles et des libertés publiques* »<sup>1349</sup>. Cette vision individualiste relative au respect de la vie privée correspondait essentiellement à la menace technologique de l'époque, mais n'appréhendait pas le risque collectif du recours aux traitements algorithmiques, alors même qu'il en était déjà question, certes de manière marginale et théorique, dans la doctrine<sup>1350</sup> et autres rapports<sup>1351</sup>. Le législateur s'est donc focalisé sur la problématique des données nominatives, car les incidences de l'informatique ne se limitaient essentiellement qu'à cela dans les années soixante-dix. Ainsi, l'esprit de cette décennie<sup>1352</sup>, visant à garantir plus de transparence, s'est estompé et le législateur n'a pas su s'adapter à des problématiques nouvelles comme la gouvernance par les nombres<sup>1353</sup> ou encore la gouvernementalité algorithmique<sup>1354</sup>, qui ont certes une incidence sur les individus, mais également sur la société, et sans qu'il s'agisse nécessairement de données à caractère personnel. En effet, comme nous l'avons vu, la société peut également être dans une situation de vulnérabilité vis-à-vis des traitements<sup>1355</sup>.

698. Au-delà du travail de cette commission sur l'élaboration d'un cadre juridique, elle dispose dès sa création d'un pouvoir d'enquête afin de vérifier les traitements de données, sans qu'il ne soit précisé qu'il s'agisse de données à caractère personnel. Il existe donc dès 1974 l'existence des prémices d'une transparence juridique visant « *les répertoires et les fichiers informatisés* »<sup>1356</sup>.

699. Dès 1975, date à laquelle le premier rapport de la Commission est rendu<sup>1357</sup> (le « rapport Tricot »), les bases de la future loi « informatique et libertés » sont posées<sup>1358</sup>. Toutefois, ce document met en exergue la nécessité pour les missions de la future autorité de contrôle, à savoir la CNIL, de ne pas porter seulement sur la question des traitements automatisés

---

<sup>1349</sup> *Ibid.*, art. 1.

<sup>1350</sup> BRAIBANT G., « La protection des droits individuels au regard du développement », *op. cit.*

<sup>1351</sup> Voir Rapport de la Commission Informatique et Libertés, *La Documentation Française*, 1975, et Rapport annuel du Conseil d'Etat, « Les conséquences du développement de l'informatique sur les libertés publiques et privées et sur les décisions administratives », 1970.

<sup>1352</sup> Le législateur a su faire œuvre libérale dans les années soixante-dix avec la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, et enfin la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

<sup>1353</sup> SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres*, *op. cit.*

<sup>1354</sup> ROUVROY A., BERNIS T., « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation : le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *op. cit.*

<sup>1355</sup> DOUVILLE T., HERVOCHON C., NOEL E., PAQUIER Y., « Les vulnérabilités numériques », *op. cit.*, p. 117.

<sup>1356</sup> Décret n° 74-938 du 8 novembre 1974 portant création de la commission Informatique et libertés, Art. 2.

<sup>1357</sup> Rapport de la commission informatique et libertés, *La Documentation Française*, 1975.

<sup>1358</sup> Nous y retrouvons par exemple le droit d'accès aux données nominatives, un des piliers en matière de transparence des traitements. *Supra.*, n° 127 et s.

nominatifs opérés par les responsables de traitement publics et privés<sup>1359</sup>. En effet, les rapporteurs évoquent déjà leur souhait d'une extension des compétences de la future autorité aux « *libertés dans leur ensemble, et pas seulement à la protection de la vie privée* »<sup>1360</sup>, ce qui ne sera cependant pas retenu dans la LIL de 1978. Ils avaient d'ailleurs déjà constaté dans leurs travaux, qu'au-delà de la problématique des données à caractère personnel, des traitements algorithmiques pouvaient « *au moins indirectement, peser sur le sort des individus et des groupements et réduire en fait leurs libertés* »<sup>1361</sup>. Tout en proposant l'instauration d'un droit d'accès à ses données personnelles, un des piliers de la transparence de la future loi « *informatique et libertés* », les rédacteurs s'intéressent au fait qu'il conviendrait de discuter « *« les vérités » sorties des ordinateurs* »<sup>1362</sup>. Pour ce faire, il ne s'agit pas uniquement d'avoir accès à ses données pour le cas échéant les contester, mais aussi de discuter le processus informatique, et donc les résultats.

700. De ce point de vue, il est également question de mieux prendre en considération les données et décisions publiques. L'objectif est de pouvoir « *faire en sorte que les données enregistrées soient conservées sous une forme accessible, afin qu'il soit possible de vérifier que le traitement informatisé n'a pas reposé sur des bases fausses, incomplètes ou tendancieuses* »<sup>1363</sup> et que la « *vérité* » informatique doit être prouvée<sup>1364</sup>. De plus, la perspective des outils d'aide à la prise de décision informatisée, aussi bien publics que privés, était appréhendée. Concernant ces outils, le rapport proposait qu'il « *serait nécessaire qu'obligation soit faite aux spécialistes de la construction et de la manipulation des modèles de faire connaître sans restriction la nature et la source des données qu'ils ont prises en compte, ainsi que toutes les démarches intellectuelles qui ont permis la construction des programmes* »<sup>1365</sup> et « *qu'il existe bien un danger de substitution de pouvoir ; les spécialistes du modèle tendent de facto à jouer un rôle majeur dans les processus de décision* »<sup>1366</sup>.

701. Finalement, les travaux de cette commission ont été en grande partie repris par le Rapport Foyer<sup>1367</sup> de 1977 qui aboutira à la LIL de 1978<sup>1368</sup>. Nous ne pouvons que regretter

---

<sup>1359</sup> Rapport de la commission informatique et libertés, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1360</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>1361</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>1362</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>1363</sup> *Ibid.*, p. 80 et 81.

<sup>1364</sup> *Ibid.*

<sup>1365</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>1366</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>1367</sup> FOYER M., Rapport n° 3125 sur le projet de loi relatif à l'informatique et aux libertés de l'Assemblée nationale, 5ème législature, fait au nom de la commission des Lois, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 octobre 1977.

<sup>1368</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

qu'au-delà du droit d'accès aux données nominatives ainsi que du pouvoir réglementaire, d'enquête et de recommandation et d'accueil des plaintes de la commission, le législateur ne soit pas allé aussi loin que le rapport Tricot en matière de transparence. Fait intéressant, un avis conforme concernant la création de données nominatives par les personnes publiques a été retenu, ce qui marque tout de même un embryon de contrôle *a priori* de ces traitements et la nécessité d'instauration d'un contre-pouvoir au pouvoir réglementaire par les techniciens composant la CNIL. Même si cette compétence a été retirée à la CNIL en 2004<sup>1369</sup>, elle dispose en contrepartie d'un pouvoir de sanction administrative alors qu'initialement il n'était pas question qu'elle remplisse un rôle contentieux. En effet, dans les années soixante-dix, bien qu'elle soit considérée comme un contre-pouvoir technique, il existe un consensus sur le fait qu'elle ne doit pas empiéter sur les pouvoirs juridictionnels<sup>1370</sup>.

702. La CNIL est donc la première AAI de l'histoire du droit français, du moins qualifiée en tant que tel par le législateur. Le pouvoir législatif souhaitait que cette commission soit indépendante du pouvoir politique dans le cadre de son budget, de sa composition ou encore de son fonctionnement. Comme nous l'avons vu, bien que les pouvoirs de la CNIL aient été renforcés au fil du temps, force est de constater qu'il existe de nombreuses insuffisances et que ce mode de régulation ne permet pas de juguler les menaces en matière de données à caractère personnel. Il est par ailleurs regrettable de constater que son champ d'intervention n'a que très peu évolué, dans la mesure où le législateur n'a pas su accompagner la CNIL dans la prise en considération de nouveaux enjeux<sup>1371</sup> et a préféré confier ces compétences à d'autres autorités.

### **B - Augmentation et concurrence des autorités de régulation en matière de transparence des algorithmes**

703. L'affaiblissement de la CNIL s'explique par une conjonction de facteurs. Tout d'abord, comme nous l'avons vu, la commission n'a pas disposé d'une compétence générale sur les dispositifs informatiques, contrairement à ce qui était proposé par le rapport Tricot<sup>1372</sup>, ce qui a encouragé la multiplication d'autres organes de régulation de la sphère numérique. Elle n'est donc plus apparue comme la seule institution garante de l'effectivité des droits et libertés au sein de l'environnement numérique. Son rôle était également devenu déstructuré d'un point de vue juridique à travers la reconnaissance d'un pouvoir de sanction alors qu'en contrepartie elle

---

<sup>1369</sup> *Infra.*, n° 748 et s.

<sup>1370</sup> Voir en ce sens, les propositions de loi étudiées ainsi que le Rapport Tricot, « *le comité ne doit pas être une juridiction* ».

<sup>1371</sup> *Supra.*, n° 697.

<sup>1372</sup> *Supra.*, n° 699 et s.

perdait ce qui faisait d'elle un véritable contre-pouvoir technique, à savoir l'avis conforme relatif à l'instauration par la puissance publique de certains traitements de données personnelles. La faiblesse de ses moyens humains et matériels alloués, qui dépendent également du législateur, n'est pas allée dans le sens d'une bonne observation des traitements algorithmiques publics et privés.

704. Lors de notre étude sur les principaux régimes juridiques œuvrant à une meilleure transparence des traitements algorithmiques<sup>1373</sup>, nous avons pu constater que la réglementation était très sectorielle, ce qui n'est pas une mauvaise chose pour prendre en compte certaines particularités. Mais la concurrence entre les institutions de contrôle n'est pas saine<sup>1374</sup> puisque certaines d'entre-elles souhaitent étendre leurs prérogatives à la sphère numérique au détriment des autres, se décorrélant parfois de la poursuite de l'intérêt général. Force est de constater que l'observation des algorithmes, par une pluralité d'institutions, aboutit de fait à un éparpillement du contrôle public de ces derniers.

705. Toutes les instances de contrôle œuvrant pour une transparence des traitements algorithmiques ne bénéficient pas de la même autonomie, ni des mêmes compétences. Il est toutefois à noter que dans la continuité d'un élan de transparence de l'action administrative, la CADA a également été créée en 1978<sup>1375</sup>. Mais il a fallu attendre un avis du 8 janvier 2015 pour que le code source d'un logiciel de l'administration soit considéré comme un document administratif communicable, permettant à un administré d'effectuer une transparence directe, c'est-à-dire sans avoir à recourir à un tiers de confiance<sup>1376</sup>, vis-à-vis d'un algorithme public. Il en va logiquement de même pour la communication de la documentation afférente à ces programmes afin de les expliquer, puisqu'en effet, sans ces compléments d'informations, le code source ne peut se suffire à lui-même. En revanche, lorsque des secrets sont protégés par la loi, cette transparence n'est pas garantie, ni opérée par cette instance en tant que tiers de confiance. De plus, la CADA ignore si les informations communiquées par les personnes publiques ou exerçant une mission de service public sont véridiques ou si un refus de communication est étayé dans la mesure où elle n'a pas accès aux documents et n'effectue pas

---

<sup>1373</sup> Il s'agit de la première partie de cette thèse. *Supra.*, n° 72 et s.

<sup>1374</sup> CHEVALLIER J., « L'intérêt général dans l'administration française », *Revue internationale des sciences administratives*, 1975, p. 329.

<sup>1375</sup> Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

<sup>1376</sup> CADA, avis n° 20144578 du 8 janvier 2015. Voir en ce sens les développements effectués dans le cadre de ces travaux, *supra.*, n° 415 et s.

d'enquête ou de contrôle<sup>1377</sup> pour s'en assurer. En interne, les services de l'Etat accompagnent cette mission de transparence des algorithmes publics, mais ne sont pas indépendants<sup>1378</sup>.

706. Le défenseur des droits a déjà eu l'occasion de faire part de ses craintes en matière de discrimination au sujet de l'opacité entourant les traitements algorithmiques de la plateforme *Parcoursup*<sup>1379</sup>.

707. Les techniques informatiques déployées en matière de renseignement sont en principe contrôlées par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), successeur de la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité<sup>1380</sup>. Même si l'on considère que « *le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire* »<sup>1381</sup>, un contrôle démocratique doit être effectué afin de s'assurer que les algorithmes intervenant dans ce domaine sont conformes aux finalités autorisées par le Parlement, qui plus est lorsque certaines de ces prérogatives relevaient autrefois exclusivement de l'autorité judiciaire, alors qu'il s'agit désormais de prévenir des troubles à l'ordre public<sup>1382</sup>. La CNCTR est censée autoriser en amont, c'est-à-dire vérifier les techniques avant leur déploiement, ainsi qu'en aval, y compris, celles recourant aux traitements algorithmiques, puisqu'un important volet du renseignement est aujourd'hui numérique<sup>1383</sup>. En l'état, à défaut d'une transparence directe de ces dispositifs, la commission agit en tant que tiers de confiance, alors qu'elle n'est composée que d'un spécialiste en communications électroniques<sup>1384</sup>. Comme l'indique un rapport parlementaire, on ne peut pas considérer qu'elle remplit correctement sa mission<sup>1385</sup>. L'enjeu est de taille dans la mesure où, en plus des exigences liées à la protection

---

<sup>1377</sup> *Supra.*, n° 425.

<sup>1378</sup> Décret n° 2019-1088 du 25 octobre 2019 relatif au système d'information et de communication de l'Etat et à la direction interministérielle du numérique, pour plus de précisions, *Supra.*, n° 483.

<sup>1379</sup> Défenseur des droits, déc. n° 2019-021 du 18 janvier 2019. *Supra.*, n° 471.

<sup>1380</sup> Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

<sup>1381</sup> CC, décision n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, § 3.

<sup>1382</sup> Voir en ce sens, CATHERINE A., ALEXIA D., PAQUIER Y., POINSIGNON D., VICOMTE D., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle française 2015 », *Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 14, 2016, p. 113 à 136.

<sup>1383</sup> Il s'agit de l'accès différé aux données techniques de connexion, de l'accès en temps réel aux données techniques de connexion, des traitements automatisés de données permettant de détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste, la géolocalisation en temps réel, les interceptions de sécurité, l'accès et le stockage de données informatiques ou encore l'interception des correspondances par la voie satellitaire. Voir en ce sens le Livre VIII du Code de la sécurité intérieure.

<sup>1384</sup> Cet unique spécialiste en communications électroniques est « *nommé[e] sur proposition du président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.* », Art. L. 831-1 4° du Code de sécurité intérieure.

<sup>1385</sup> PAUL C., FERAL-SCHUHL C., Rapport n° 3119 Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique de l'Assemblée nationale, 14e législature, fait au nom de la commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés l'âge du numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2015, p. 164 : « *Son contrôle devrait s'exercer sur l'ensemble des services de renseignement et l'intégralité des mesures et techniques qu'ils emploient, en amont de leur mise en œuvre sous la forme d'un avis préalable, durant leur application et en aval, sous la forme de contrôles sur pièces et sur place. Outre un pouvoir de recommandation, cette autorité devrait pouvoir transmettre au juge les cas dans lesquels elle estime que le pouvoir exécutif a méconnu les garanties accordées par la loi au citoyen.* », *Assemblée-nationale.fr* [en ligne]. [Consulté le 23 mars 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3119.pdf>

des droits et libertés des individus, les gouvernants sont susceptibles de mettre en œuvre des techniques informatiques développées par des opérateurs privés dont ils ne maîtrisent pas les tenants et les aboutissants. La CNIL n'est de plus pas compétente pour contrôler ces traitements<sup>1386</sup>, raison pour laquelle la CNCTR avait été instituée pour offrir plus de garanties. Dans le cadre des techniques de renseignement abordées, les trois algorithmes autorisés à ce titre sont encore en fonctionnement<sup>1387</sup>. Concernant spécifiquement les traitements automatisés de données permettant de détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste, ils ont récemment été pérennisés par le législateur<sup>1388</sup> alors qu'il s'agissait auparavant d'une expérimentation. Ils ont été étendus « *aux adresses complètes de ressources utilisées sur internet* »<sup>1389</sup>. Les pouvoirs de contrôle de la Commission à ce sujet n'ont pas été améliorés<sup>1390</sup>. Au-delà des lacunes juridiques de ce contrôle, c'est donc aussi l'absence de moyens matériels et humains suffisants qui empêchent la bonne réalisation de la conformité.

708. L'informatique a également été appréhendée par d'autres autorités administratives indépendantes, comme l'AMF, qui effectue un contrôle du *trading haute fréquence*<sup>1391</sup>, ou encore l'autorité de la concurrence<sup>1392</sup>, mais elles peinent à contrôler tous les flux de données dans ces domaines.

709. Le CSA s'est vu doter d'un pouvoir de régulation des réseaux sociaux afin d'assurer une plus grande transparence des traitements algorithmiques en matière de *fake news*<sup>1393</sup>, ce qui a déjà abouti à des études sur l'observation du comportement de certains programmes<sup>1394</sup> par exemple. Le président du CSA avait notamment émis le souhait d'une fusion de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI), pour

---

<sup>1386</sup> Art. 58 LIL et art. 85 du décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>1387</sup> COMMISSION NATIONALE DE CONTROLE DES TECHNIQUES DE RENSEIGNEMENT, 5<sup>e</sup> Rapport d'activité 2020, p. 39, *CNCTR.fr* [en ligne]. Avril 2021. [Consulté le 5 mai 2021]. Disponible à l'adresse : [https://www.cnctr.fr/\\_downloads/0049e0dbcfe1c9ec2b060d2ef2ec1fe/NP\\_CNCTR\\_2021\\_rapport\\_annuel\\_2020.pdf](https://www.cnctr.fr/_downloads/0049e0dbcfe1c9ec2b060d2ef2ec1fe/NP_CNCTR_2021_rapport_annuel_2020.pdf)

<sup>1388</sup> Art. L. 851-3 et suivants du Code de la sécurité intérieure modifié par la loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

<sup>1389</sup> *Ibid.*

<sup>1390</sup> A cet égard, « *La Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement émet un avis sur la demande d'autorisation relative aux traitements automatisés et les paramètres de détection retenus. Elle dispose d'un accès permanent, complet et direct à ces traitements ainsi qu'aux informations et données recueillies. Elle est informée de toute modification apportée aux traitements et paramètres et peut émettre des recommandations* », art. L. 851-3 II du Code de la sécurité intérieure.

<sup>1391</sup> *Supra.*, n° 317 et s.

<sup>1392</sup> *Supra.*, n° 302.

<sup>1393</sup> *Supra.*, n° 341.

<sup>1394</sup> CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL, Pourquoi et comment le CSA a réalisé une étude sur l'un des algorithmes de recommandations de YouTube, *Actualités du CSA* [en ligne]. 12 novembre 2019 [Consulté le 1<sup>er</sup> mars 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Pourquoi-et-comment-le-CSA-a-realise-une-etude-sur-l-un-des-algorithmes-de-recommandations-de-YouTube> et CONSEIL SUPERIEUR DE L'AUDIOVISUEL, Observatoire de la haine en ligne : analyser pour mieux lutter, *Actualités du CSA* [en ligne]. 15 octobre 2020 [Consulté le 5 février 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Observatoire-de-la-haine-en-ligne-analyser-pour-mieux-lutter>

étendre les compétences de l'institution dans l'univers numérique<sup>1395</sup>. Ainsi, une proposition de loi visant à fusionner le CSA et la HADOPI a été déposée en vue de créer une nouvelle AAI, à savoir l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique<sup>1396</sup>, dont les futures compétences restent à déterminer.

710. L'Autorité de Régulation des Communications Electroniques, des Postes et de la distribution de la presse (ARCEP)<sup>1397</sup> effectue également dans le cadre de ses compétences des contrôles de conformité des traitements algorithmiques qui ont été récemment étendus au respect de la neutralité du net<sup>1398</sup>. Elle est pressentie pour contrôler les systèmes d'exploitation des terminaux ainsi que les algorithmes des grandes plateformes numériques<sup>1399</sup>. Elle intervient également en tant que tiers de confiance dans l'étude de la 5G avec l'expertise de l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI), qui est un service non indépendant, mais est susceptible de concourir à la transparence de certains appareils et logiciels du fait de ses compétences en matière de sécurité informatique. En effet, il existe un régime d'autorisation préalable concernant l'exploitation des équipements de réseaux radioélectriques. Pour des raisons de souveraineté numérique, c'est-à-dire en raison de la préservation des secrets de la défense et de la sécurité nationale, le Premier ministre, après avis de l'ARCEP, autorise « *tous dispositifs matériels ou logiciels, permettant de connecter les terminaux des utilisateurs finaux au réseau radioélectrique mobile, à l'exception des réseaux de quatrième génération et des générations antérieures, qui, par leurs fonctions, présentent un risque pour la permanence, l'intégrité, la sécurité, la disponibilité du réseau, ou pour la confidentialité des messages transmis et des informations liées aux communications, à l'exclusion des appareils installés chez les utilisateurs finaux ou dédiés exclusivement à un réseau indépendant, des appareils électroniques passifs ou non configurables et des dispositifs matériels informatiques non spécialisés incorporés aux appareils* »<sup>1400</sup>. Ce régime juridique, souvent qualifié d'« anti-

---

<sup>1395</sup> QUERCIA Y., Le CSA pourrait étendre sa régulation aux réseaux sociaux, *Public Sénat.fr* [en ligne]. 30 janvier 2019 [Consulté le 15 janvier 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.publicsenat.fr/article/societe/le-csa-pourrait-etendre-sa-regulation-aux-reseaux-sociaux-137387>

<sup>1396</sup> Projet de loi n° 523 relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique du 8 avril 2021.

<sup>1397</sup> Création par la loi n° 2005-516 relative à la régulation des activités postales du 20 mai 2005.

<sup>1398</sup> Voir en ce sens art. L. 33-1 du Code des postes et des communications électroniques et ARCEP, Réseaux du futur, Note n° 6, L'intelligence Artificielle dans les réseaux de télécommunications, *Arcep.fr* [en ligne]. 14 janvier 2020. [Consulté le 22 février 2020]. Disponible à l'adresse : [https://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/reseaux-du-futur-IA-dans-les-reseaux-janv2020.pdf](https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/reseaux-du-futur-IA-dans-les-reseaux-janv2020.pdf)

<sup>1399</sup> PRIMAS S., ARTIGALAS V., BABARY S et al., proposition de loi n° 48 2019-2020, visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, seconde session ordinaire de 2019-2020, Sénat, enregistrée à la Présidence du Sénat le 10 octobre 2019.

<sup>1400</sup> Art. L. 34-11 du Code des postes et des communications électroniques.

*huawei* », vise à s'assurer que les infrastructures matérielles<sup>1401</sup> et logicielles de 5G ne sont pas incompatibles avec les intérêts protégés. En plus de solliciter des informations très sensibles au moment de la constitution du dossier telles que les caractéristiques techniques de l'appareil et de son logiciel<sup>1402</sup>, l'autorisation peut inclure l'obligation pour le demandeur d'informer périodiquement le Secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale des modifications logicielles et matérielles de l'infrastructure<sup>1403</sup>. Il est toutefois à noter que cette transparence des opérateurs et des fabricants vis-à-vis de l'administration n'est pas tant garantie pour l'exercice des libertés individuelles puisqu'elle vise surtout à obtenir la conformité de ces dispositifs, à savoir qu'ils sont compatibles avec les techniques d'interception déployées dans le cadre de la loi relative au renseignement<sup>1404</sup>.

711. La HAS est également compétente pour autoriser et vérifier la conformité des dispositifs médicaux, dont les outils d'aide à la prise de décision<sup>1405</sup>. Elle établit également à cette fin des procédures de certification de ces logiciels<sup>1406</sup>.

712. De nombreuses agences non indépendantes concourent également à la transparence des traitements algorithmiques. Tel est le cas par exemple de l'Agence nationale de traitement automatisé des infractions<sup>1407</sup>. Cet établissement public administratif, sous la tutelle du ministère de l'intérieur, a notamment pour mission d'assurer « *la conception, l'entretien, la maintenance, l'exploitation et le développement des systèmes et applications nécessaires au traitement automatisé des infractions et des avis de paiement des forfaits de post-stationnement* »<sup>1408</sup>. Il effectue donc un travail de vérification des traitements algorithmiques qui peuvent par ailleurs parfois dysfonctionner, comme le rappelle un de ses rapports<sup>1409</sup>. Il agit en tant que tiers

---

<sup>1401</sup> Arrêté du 6 décembre 2019 fixant la liste des appareils prévue par l'article L. 34-11 du code des postes et des communications électroniques.

<sup>1402</sup> Art. R. 20-29-11 2° et 4° du Code des postes et des communications électroniques.

<sup>1403</sup> Art. R. 20-29-13 I. du Code des postes et des communications électroniques.

<sup>1404</sup> « (...) *Les prescriptions exigées par l'ordre public, la défense nationale et la sécurité publique, notamment celles qui sont nécessaires à la mise en œuvre des interceptions justifiées par les nécessités de la sécurité publique, ainsi que les garanties d'une juste rémunération des prestations assurées à ce titre et celles qui sont nécessaires pour répondre, conformément aux orientations fixées par l'autorité nationale de défense des systèmes d'informations, aux menaces et aux atteintes à la sécurité des systèmes d'information des autorités publiques et des opérateurs mentionnés aux articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense ;* », art. L. 33-1 I e) du Code des postes et des communications électroniques.

<sup>1405</sup> Art. L. 161-38 et art. 161-39 du Code de la sécurité sociale.

<sup>1406</sup> Art. L. 161-38 du Code de la sécurité sociale.

<sup>1407</sup> Décret n° 2011-348 du 29 mars 2011 portant création de l'Agence nationale de traitement automatisé des infractions.

<sup>1408</sup> *Ibid.*, art. 2 2°.

<sup>1409</sup> « *Chaque année, plusieurs milliers d'utilisateurs reçoivent un avis de contravention du contrôle automatisé alors qu'ils n'ont pas commis l'infraction routière correspondante. La raison en est que la plaque d'immatriculation du véhicule identifié comme commettant l'infraction sur le cliché du contrôle automatisé (vitesse ou feux rouges) est celle de leur véhicule alors que ce n'était pas leur véhicule qui a été photographié. Plusieurs causes peuvent expliquer cette situation : usurpation de plaque, erreur dans la confection des plaques, dysfonctionnement de la chaîne de traitement, etc.* », ANTAI, Rapport d'activité, 2018, p. 20.

de confiance non indépendant du pouvoir politique, mais la CNIL peut toutefois recourir à des contrôles puisqu'il s'agit de traitement de données à caractère personnel.

713. Un comité d'éthique spécifique<sup>1410</sup> a d'ailleurs été créé afin d'observer la plateforme nationale *Parcoursup*. Son rôle est d'apporter plus de transparence de ce système vis-à-vis du public, même si les algorithmes locaux ne sont pas concernés par ce contrôle. Comme il s'agit d'une manipulation de données à caractère personnel, la CNIL reste en ce domaine l'autorité maître. Dans le cadre de l'urgence sanitaire, la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence avait institué un comité de contrôle et de liaison chargé notamment d'effectuer des audits réguliers des systèmes d'information intervenus à cette fin dans le but « *de vérifier tout au long de ces opérations le respect des garanties entourant le secret médical et la protection des données personnelles* »<sup>1411</sup>. Finalement son rôle n'a de plus été que consultatif.

714. Il en est de même pour la DGCCRF qui vise à empêcher que les règles du droit de la consommation soient violées. Bien qu'elle ne soit pas indépendante, car rattachée au ministère de l'économie<sup>1412</sup>, elle s'est vue confier le contrôle des obligations de loyauté, de clarté et de transparence de certains opérateurs de plateforme en ligne qui effectuent, par exemple « *du classement ou du référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* »<sup>1413</sup>. Pour ce faire, elle bénéficie d'un pouvoir d'enquête et de sanction administrative<sup>1414</sup>, et collabore avec la CNIL en vue de partager des connaissances techniques<sup>1415</sup>. Bien que son pouvoir d'enquête lui permette de relever des absences de conformité des algorithmes utilisés par les plateformes en matière de

---

<sup>1410</sup> « *Il s'assure que les règles informatiques qui régissent son fonctionnement sont strictement claires, conformes aux normes en vigueur et transparentes. A ce titre, il est chargé : 1) D'émettre un avis sur toute évolution substantielle des règles de fonctionnement de la plateforme Parcoursup ; 2) D'analyser le fonctionnement de la plateforme et de faire toute proposition au ministre chargé de l'enseignement supérieur afin de l'améliorer ; 3) D'examiner les conditions d'ouverture du code source des traitements automatisés utilisés pour le fonctionnement de la plateforme Parcoursup ; 4) De veiller au respect des principes juridiques et éthiques qui fondent l'examen des candidatures réalisé par les établissements dispensant des formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur.* », art 1, arrêté du 9 mars 2018 relatif aux missions, à la composition et aux modalités de fonctionnement du comité éthique et scientifique de la plateforme Parcoursup.

<sup>1411</sup> Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, art. 11 VIII et arrêté du 26 mai 2020 portant nomination des membres du Comité de contrôle et de liaison Covid-19.

<sup>1412</sup> Décret n° 85-1152 du 5 novembre 1985 portant création d'une direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

<sup>1413</sup> L. 111-7 du Code de la consommation.

<sup>1414</sup> *Supra.*, n° 292 et s.

<sup>1415</sup> CNIL, La CNIL et la DGCCRF font évoluer leur protocole de coopération pour renforcer la protection des consommateurs et de leurs données personnelles, *CNIL.fr* [en ligne]. 31 janvier 2019 [Consulté le 3 février 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-et-la-dgccrf-ont-evoluier-leur-protocole-de-cooperation-pour-renforcer-la-protection-des>

droit de la consommation<sup>1416</sup>, elle indique que depuis 2018, sur 44 établissements visités, 32 d'entre elles n'étaient pas en conformité avec la nouvelle réglementation<sup>1417</sup>.

715. Un pôle d'expertise de la régulation numérique des plateformes a de plus été créé par un décret en date du 31 août 2020<sup>1418</sup>. Il a « vocation à constituer un centre d'expertise en sciences des données reconnu et mutualisé entre les différents services de l'Etat et ceux de ses démembrements ». Une convention entre ce pôle, l'INRIA et la Direction générale des entreprises a récemment été signée afin de renforcer son expertise. Néanmoins, son effectif n'est pas à la hauteur des enjeux puisqu'il est question d'atteindre une équipe de seulement 20 personnes d'ici la fin 2021<sup>1419</sup>.

716. Nous pouvons relever que cette multitude d'organes, dont certains se sont récemment vu confier des missions pour lesquelles ils n'étaient pas initialement taillés, conduit à un éparpillement de moyens matériels et humains et à un manque de visibilité. Certes, cette tendance répond par principe à une volonté de spécialiser la régulation afin qu'elle soit la plus cohérente possible dans un domaine d'activité. Mais force est de constater que dans le cas des algorithmes, ce n'est rien d'autre qu'une faiblesse puisqu'il s'agit d'un éclatement de la puissance de l'Etat, cette dernière devant normalement être mise au service de l'intérêt général<sup>1420</sup>, dans le contrôle du numérique. A titre d'exemple, la CNIL, qui a été conçue pour assurer le suivi des traitements algorithmiques en matière de données à caractère personnel, est encore la mieux dotée des instances de contrôle sur ces questions puisqu'elle dispose de 225 agents, mais le département de la conformité ne représente que 24% de l'effectif<sup>1421</sup>. De plus, sur les 247 contrôles effectués en 2020, uniquement 74 l'ont été sur pièces<sup>1422</sup>.

---

<sup>1416</sup> La DGCCRF a récemment identifié des pratiques trompeuses des sociétés Google Ireland et France, ce qui a abouti à un protocole transactionnel pénal d'un montant de 1,1 million d'euros. Voir en ce sens, DGCCRF, Classement trompeur des hébergements touristiques par Google : une enquête de la DGCCRF conduit au paiement d'une amende transactionnelle de 1,1M€, *Economie.gouv.fr* [en ligne]. 15 février 2021 [Consulté le 18 février 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/classement-trompeur-des-hebergements-touristiques-par-google-une-enquete-de-la-dgccrf-0>

<sup>1417</sup> Ces contrôles ont abouti à 21 mesures de police administrative, 8 avertissements et à 4 procès-verbaux d'amende administrative. Voir en ce sens, DGCCRF, Les obligations d'information des plateformes numériques, *Economie.gouv.fr* [en ligne]. 21 avril 2020 [Consulté le 5 février 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/les-obligations-dinformation-des-plateformes-numeriques>

<sup>1418</sup> Décret n° 2020-1102 du 31 août 2020 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Pôle d'expertise de la régulation numérique » (PEReN).

<sup>1419</sup> INRIA, Régulation des plates-formes numériques : le gouvernement français prend les devants, *inria.fr* [en ligne]. 6 mai 2021. [Consulté le 10 juillet 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.inria.fr/fr/regulation-plateformes-numeriques-peren-regalia>

<sup>1420</sup> *Supra.*, n° 625 et s.

<sup>1421</sup> CNIL, Rapport d'activité 2020 de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, p. 7, *www.cnil.fr* [en ligne]. Juin 2020. [Consulté le 27 août 2021]. Disponible à l'adresse : [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil\\_-\\_41e\\_rapport\\_annuel\\_-\\_2020.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_-_41e_rapport_annuel_-_2020.pdf)

<sup>1422</sup> *Ibid.*

## PARAGRAPHE 2 - Vers une autorité de contrôle technique unique

717. La longue marche vers la transparence des algorithmes publics est toujours insuffisante à remettre en cause la tradition de l'opacité et du secret de l'administration<sup>1423</sup>, et ce malgré de nombreuses améliorations dans ce domaine. De plus, il convient de prendre en considération la menace privée qui a émergé et nuit grandement aux libertés. Cet enjeu est d'autant plus important que la proposition de Règlement européen sur l'IA prévoit de nouvelles obligations de transparence à opérer vis-à-vis d'une autorité de contrôle nationale que les Etats membres devront désigner<sup>1424</sup>.

718. Il n'y a certes rien de choquant à ce que des AAI soient créées au gré du hasard, comme a pu le reconnaître le Conseil d'Etat<sup>1425</sup>, ne serait-ce que parce que ce modèle institutionnel a une utilité et est le plus souvent une réponse à l'émergence d'un fait juridique nouveau. Mais force est de constater qu'il est temps qu'un tiers de confiance unique soit dédié à la question de la transparence de ces algorithmes (A). Sa mission serait d'étudier aussi bien les algorithmes publics que privés. Elle jouerait par conséquent un rôle significatif en matière d'expertise et de certification des traitements algorithmiques (B).

### **A - Un tiers de confiance indépendant vis-à-vis des demandeurs et des débiteurs**

719. Nous assistons à la superposition d'instances de contrôle, dont les statuts ne sont pas similaires, surtout du point de vue des prérogatives et de leur indépendance. Certaines ont été pensées de prime abord pour assurer ce rôle de contrôle des algorithmes manipulant des données à caractère personnel, comme la CNIL, tandis que d'autres doivent effectuer de nouvelles missions du fait de l'immixtion des algorithmes dans leur domaine, sans toutefois bénéficier de moyens particuliers adoptés par le législateur. Ce mille-feuille nuit à la cohérence de l'action

---

<sup>1423</sup> « Les liens entre les trois lois votées en 1978 et 1979 sont, en effet, étroits. Ils ne se tiennent pas seulement à la concomitance de ces textes. Ils ne se limitent pas non plus aux renvois d'un texte à l'autre inscrit dans plusieurs de leurs articles. Ils résultent surtout d'une communauté d'inspiration : ces trois lois ont pour objet d'améliorer et de rénover les rapports de l'administration et des citoyens en donnant à ceux-ci des droits nouveaux d'accès l'information ; elles visent à assurer plus d'ouverture et de transparence aux services publics », LASSERRE B., LENOIR N., STIRN B., *La transparence administrative*, op. cit., p. 1 à 2.

<sup>1424</sup> Selon l'article 30 § 1 la proposition de Règlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union du 21 avril 2021, « Chaque État membre désigne ou établit une autorité notifiante chargée de mettre en place et d'accomplir les procédures nécessaires à l'évaluation, à la désignation et à la notification des organismes d'évaluation de la conformité et à leur contrôle ».

<sup>1425</sup> CONSEIL D'ETAT, *Rapport public, Les autorités administratives indépendantes*, 2001, spec. p. 261.

du contrôle des traitements, et l'absence de clarification n'est pas sans poser des difficultés aux personnes physiques et morales qui souhaiteraient recourir à ces instances.

720. Il convient de reconnaître que l'élargissement de certaines missions, comme c'est actuellement le cas pour le CSA, dénature sa mission première et concurrence les missions qui auraient dû revenir pour plus d'efficacité à une seule autorité, en l'occurrence à la CNIL, surtout lorsque l'on s'attache à la genèse de cette commission qui se voulait à compétence générale sur les problématiques relatives au numérique<sup>1426</sup>. En d'autres termes, il existe une perte de cohérence dans le contrôle de l'action administrative ainsi que des opérateurs économiques, et un effort de rationalisation doit être entrepris pour concourir plus aisément à l'effort de transparence des traitements.

721. Cet effort de rationalisation dans le cadre de la régulation numérique des opérateurs de plateforme est déjà soulevé par certains députés<sup>1427</sup>. Selon eux, il serait préférable de promouvoir une culture de la transparence des plateformes numériques, et donc de leurs algorithmes, y compris en défendant « *au niveau européen la mise en place d'une régulation ex ante exercée par un régulateur indépendant* »<sup>1428</sup>, et ce dans l'attente d'une régulation internationale<sup>1429</sup>. Toutefois, ils insistent sur le fait qu'une autorité nationale devrait également remplir ces missions, soit en étendant les pouvoirs d'une autorité existante<sup>1430</sup>, voire en créant une nouvelle qui jouerait le rôle d'autorité pilote spécialisée sur ces enjeux<sup>1431</sup>. En reprenant les conclusions du rapport du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies<sup>1432</sup>, lesdits sénateurs sont favorables à la création « *d'un bureau spécialisé des technologies de contrôle de l'économie numérique* » rattaché à la DGCCRF<sup>1433</sup> ; bureau qui pourrait ensuite être saisi par les AAI souhaitant bénéficier de leur expertise. Mais la nature de son indépendance n'a toutefois pas été précisée.

---

<sup>1426</sup> *Supra.*, n° 696 et s.

<sup>1427</sup> FAURE-MUNTIAN V., FASQUELLE D., Rapport d'information n° 3127 sur les plateformes numériques de l'Assemblée nationale, 15e législature, fait au nom de la commission des affaires économiques, 15e législature, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 2020, spec. p. 72 à 74, *Assemblée-nationale.fr* [en ligne]. 14 octobre 2020. [Consulté le 25 novembre 2020] : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b3127\\_rapport-information](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-eco/115b3127_rapport-information)

<sup>1428</sup> *Ibid.*, proposition n° 20, p. 99.

<sup>1429</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>1430</sup> A la suite des auditions effectuées dans le cadre de cette mission d'information parlementaire, l'ARCEP « *a souligné qu'elle pourrait prendre en charge ce rôle, du fait de son expérience significative en matière de droit de la régulation des télécommunications. L'ARCEP étant déjà chargée de faire respecter la neutralité du réseau internet, l'extension de son contrôle aux terminaux paraît légitime et permettrait de capitaliser sur l'expérience préexistante de l'institution.* », p. 93.

<sup>1431</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>1432</sup> Cette proposition reprend la création de l'*Office of technology research and investigation* rattachée à la *Federal trade commission* en 2015 aux Etats-Unis d'Amérique « *pour promouvoir des travaux de tests d'algorithmes.* ». Voir en ce sens, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies, *Rapport sur les modalités de régulation des algorithmes de traitement des contenus* du 13 mai 2016, p. 5.

<sup>1433</sup> LONGUET G., Rapport n° 7 sur le devoir de souveraineté numérique du Sénat, session ordinaire 2019-2020, fait au nom de la commission d'enquête, enregistré à la Présidence du Sénat le 1er octobre 2019, p. 51.

722. Dans son rapport « *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle* », la CNIL relatait également les doléances des citoyens parmi lesquelles la création d'« *un organisme indépendant pour effectuer des tests scientifiques sur les algorithmes à l'image des médicaments avant la mise en vente sur le marché* » était souhaitable<sup>1434</sup>.

723. Nous voudrions aller plus loin et englober l'intégralité de la problématique relative à la transparence des traitements algorithmiques. Pour ce faire, nous ne pensons pas qu'il faille dans un premier temps déstructurer les AAI exerçant déjà un rôle de régulateur des traitements algorithmiques, et donc de leur transparence. Mais cette instance de contrôle devra avoir le monopole en matière d'enquête et d'étude des traitements algorithmiques, ce qui implique de fait une centralisation des moyens matériels et humains nécessaires à l'accomplissement de cette mission.

724. Cette autorité pourrait suppléer les autres AAI n'ayant pas les moyens d'effectuer correctement leur rôle de régulateur, et dont le domaine de compétence n'est pas initialement celui du numérique, car rappelons que les algorithmes font leur immixtion dans tous les secteurs. Il convient désormais d'agréger la plus grande force possible pour contrôler les traitements algorithmiques, dont la complexité plaide en faveur d'une étude centralisée de ces derniers. Pour effectuer cette mission, le statut juridique des AAI est adéquat, car ces expertises doivent être effectuées de manière indépendante du pouvoir politique, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'un travail purement technique, y compris sur les algorithmes participant à l'action administrative. En revanche, il n'est pas opportun qu'elles centralisent les pouvoirs relevant normalement d'autres organes telles que des compétences juridictionnelles ou règlementaires. Il est d'ailleurs primordial que ce travail soit effectué par des spécialistes, dont des équipes seraient pluridisciplinaires, c'est-à-dire représentatives des sciences informatiques et des sciences économiques et sociales.

725. La mission principale de cette instance serait de tenir un rôle de tiers de confiance lorsque la transparence ne peut être opérée de manière directe par les utilisateurs, qu'ils soient des personnes physiques ou morales. Il est d'ailleurs à noter qu'à l'exception de certains régimes juridiques comme celui des décisions administratives fondées sur des traitements

---

<sup>1434</sup> CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ?*, p. 54, *Cnil.fr* [en ligne]. Décembre 2017. [Consulté le 25 août 2020]. Disponible à l'adresse : [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil\\_rapport\\_garder\\_la\\_main\\_web.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf)

algorithmiques<sup>1435</sup>, les entreprises ne peuvent pas bénéficier des dispositions de la LIL en matière de transparence, puisqu'elles ne sont pas des personnes physiques<sup>1436</sup>. Mais nous comprenons dans le même temps que des opérateurs économiques souhaiteraient, sous couvert de transparence des algorithmes, accéder à des secrets industriels et commerciaux. Comme nous l'avons rappelé, et comme l'a affirmé le Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2014<sup>1437</sup>, les algorithmes sont souvent protégés par le secret industriel et commercial. Toutefois, il n'est pas concevable d'imaginer que la communication des principales caractéristiques ou des éléments de référencement aux intéressés par les responsables de traitement permette d'assurer un haut niveau de transparence. Et faudrait-il encore que les informations communiquées soient véridiques, c'est-à-dire conformes. Ce travail de conformité ne peut pas dans la majorité des cas être opéré par l'utilisateur lui-même, le plus souvent par manque de compétences ou d'informations suffisantes. Cette opération se complexifie nécessairement lorsque le résultat ne peut pas être vérifiable du fait de l'opacité de l'architecture technique, comme c'est le cas avec les algorithmes auto-apprenants, ou bien parce que la transparence juridique a par exemple lieu sur algorithmes, et non sur la documentation explicative de l'algorithme, ou plus encore sur les données qui seraient protégées par le droit des tiers et sur lesquelles ce dernier repose. Dès lors, force est de constater que cette transparence ne pouvant s'effectuer techniquement ou d'un point de vue juridique, c'est sur un tiers de confiance indépendant que doit reposer cette tâche, notamment pour contrôler que les éléments communiqués par le responsable du traitement aux intéressés sont véridiques, mettant fin à toute asymétrie informationnelle. C'est notamment grâce au principe de transparence des traitements algorithmiques, constitutionnellement protégé<sup>1438</sup>, que la transparence juridique peut s'opérer par cette instance.

726. Par ailleurs, il existe certes des services de l'Etat exerçant un contrôle sur certains algorithmes publics ou privés. Mais ne disposant pas des garanties suffisantes d'indépendance, notamment du fait d'une emprise hiérarchique de l'administration<sup>1439</sup>, ces services devront également faire l'objet de vérifications de leurs travaux tels que des audits par notre autorité de contrôle. Des comités spécialisés au sein de l'institution pourraient être habilités à accéder aux secrets comme la défense nationale, notamment pour effectuer une surveillance des opérations

---

<sup>1435</sup> *Supra.*, n° 435 et s.

<sup>1436</sup> *Supra.*, n° 80 et s.

<sup>1437</sup> CONSEIL D'ETAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 279.

<sup>1438</sup> *Supra.*, n° 664 et s.

<sup>1439</sup> Décret n° 2019-1088 du 25 octobre 2019 relatif au système d'information et de communication de l'Etat et à la direction interministérielle du numérique, art. 4.

de renseignement<sup>1440</sup>. L'absence d'emprise hiérarchique est une des conditions nécessaires à l'instauration d'un véritable tiers de confiance légitime.

727. Certains pourraient arguer à juste titre que la centralisation de telles compétences engendrerait à terme une « cannibalisation » des autres AAI, car le numérique pénètre tous les secteurs. Or, l'instance que nous évoquons n'aurait qu'un rôle d'expertise, de contrôle, et non de sanction, le but étant de dissocier le pouvoir réglementaire et de sanction, quand bien même ces sections seraient institutionnellement réputées étanches. Les sanctions administratives resteraient du ressort des AAI ou des agences de rattachement. Concernant les secteurs ne faisant pas l'objet d'une instance de contrôle, la commission pourrait tout de même recevoir des plaintes, enquêter, et ainsi transmettre le cas échéant les dossiers à un tribunal compétent. Le Conseil d'Etat s'était également prononcé en faveur du maintien d'instances sectorielles pour apprécier les particularités de chaque réglementation<sup>1441</sup>.

728. Cette autorité pourrait cibler les secteurs qui sont dans l'angle mort des agences déjà en place. C'est l'avantage d'une instance généraliste, comme avait été pensée la CNIL dans le rapport Tricot<sup>1442</sup>, car cela permet une réactivité plus importante.

## **B - Un rôle d'expertise et d'agrément en matière de certification**

729. Ce tiers de confiance institutionnel bénéficierait de plusieurs missions. Son rôle serait de référencer les traitements algorithmiques aussi bien publics que privés, bien que pour ces derniers un seuil d'évaluation de la puissance de la plateforme doive être défini par le législateur afin de les étudier puisque, comme nous l'avons évoqué, la tenue d'un tel registre contribue à la transparence<sup>1443</sup>. Il est nécessaire qu'une telle instance répertorie les traitements pouvant faire l'objet d'une transparence directe, à savoir à même de faire l'objet de la diffusion du code source au public ainsi que de la documentation afférente pour la compréhension de ce dernier s'il s'agit de traitements algorithmiques publics non couverts par les secrets protégés par la loi.

---

<sup>1440</sup> En effet, comme nous l'avons vu, la CNCTR ne remplit pas correctement cette mission. PAUL C., FERAL-SCHUHL C., Rapport n° 3119 Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique de l'Assemblée nationale, 14e législature, fait au nom de la commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés l'âge du numérique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 octobre 2015, p. 164 : « Son contrôle devrait s'exercer sur l'ensemble des services de renseignement et l'intégralité des mesures et techniques qu'ils emploient, en amont de leur mise en œuvre sous la forme d'un avis préalable, durant leur application et en aval, sous la forme de contrôles sur pièces et sur place. Outre un pouvoir de recommandation, cette autorité devrait pouvoir transmettre au juge les cas dans lesquels elle estime que le pouvoir exécutif a méconnu les garanties accordées par la loi au citoyen. », *Assemblée-nationale.fr* [en ligne]. [Consulté le 25 février 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r3119.pdf>

<sup>1441</sup> CONSEIL D'ETAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, op. cit., p. 281.

<sup>1442</sup> *Supra.*, n° 699 et s.

<sup>1443</sup> *Supra.*, n° 232 et s.

Elle préviendrait en amont de la diffusion l'institution ou la personne concernée de cette publication. En cas de désaccord, le litige serait tranché par la justice et nous passerons à une transparence indirecte. Toutefois, dans les hypothèses où il existerait un secret protégé par la loi ou plus largement la remise en cause potentielle du droit des tiers, la commission pourrait tout de même accéder aux informations nécessaires afin de s'assurer de la conformité des déclarations de l'administration dans notre exemple, ce que la CADA n'a pas la compétence de faire<sup>1444</sup>. Si la transparence directe ne peut être assurée pour les raisons évoquées, nous basculerons sur une transparence de nature indirecte pour les demandeurs, c'est-à-dire assurée par l'autorité et dont l'explicabilité consisterait à communiquer des informations sur la logique générale de l'algorithme.

730. Elle bénéficierait toutefois de toutes les informations nécessaires au bon déroulement de sa mission. Il s'agit de la condition *sine qua non* pour mettre fin à toute asymétrie informationnelle. En effet, il serait tentant pour une administration ou une personne privée de déclarer la conformité d'un traitement aux exigences normatives, sans qu'il ne soit possible pour une autorité de le contrôler, ce qui rappelons-le, s'applique déjà aux données à caractère personnel.

731. Les droits des tiers seraient naturellement garantis dans la mesure où les agents effectuant ces opérations seraient habilités et tenus à des exigences de confidentialité comme c'est par exemple actuellement le cas pour des membres de la CNIL<sup>1445</sup>, et au secret concernant la CNCTR<sup>1446</sup>.

732. Naturellement, il convient de considérer que cette instance ne pourra pas contrôler tous les traitements algorithmiques, tant ils sont nombreux et parce que l'intérêt y est souvent insignifiant, bien qu'elle puisse également conseiller les organismes privés ou publics qui solliciteraient son aide. En revanche, cela n'empêche pas de cibler ses efforts sur les systèmes d'information les plus susceptibles d'exercer une incidence sur les personnes ainsi que sur la société. Nous étudierons toutefois plus loin sur quels types de traitements il conviendra de porter les efforts<sup>1447</sup>.

---

<sup>1444</sup> *Supra.*, n° 425.

<sup>1445</sup> Art. 19 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>1446</sup> Art. L. 832-5 du Code de la sécurité intérieure.

<sup>1447</sup> *Infra.*, n° 900 et s.

733. Certains traitements pourraient, avant leur déploiement, nécessiter un audit permettant de s'assurer qu'ils sont conformes à la réglementation ou ne comportent pas par exemple des discriminations<sup>1448</sup>. Il serait à cet égard préférable que la chambre législative dédiée à la matière numérique décide quels seraient les systèmes d'information concernés par cette exigence<sup>1449</sup>. Dans cette hypothèse il s'agirait d'un contrôle *a priori* des algorithmes.

734. Plus classiquement, les efforts doivent être portés sur la surveillance des traitements algorithmiques déjà déployés. Pour ce faire, dans son rapport annuel de 2014 relatif au numérique et aux droits fondamentaux, le Conseil d'Etat préconisait la création d'une nouvelle profession « *d'algorithmiste* », agréée par l'Etat, pour effectuer un contrôle sur les algorithmes prédictifs<sup>1450</sup>. Il semble toutefois discutable de considérer qu'un commissaire pourrait à lui seul auditer des algorithmes complexes, c'est-à-dire vérifier la conformité d'un traitement algorithmique, surtout en matière d'IA. En effet, l'effort de compréhension de ces algorithmes concernant certains traitements nécessite des équipes de plusieurs membres sur un temps non négligeable. A titre d'exemple, l'affaire du *dieselgate* a mis au jour un programme informatique modifié implanté dans un véhicule automobile afin de faire paraître une conformité aux réglementations européennes et américaines lors des essais d'homologation. Le logiciel était capable de déceler lorsque le véhicule se retrouvait en phase d'évaluation de ses émanations Nox<sup>1451</sup>, afin qu'il les réduise par rapport à un usage classique. Il a fallu un an à une équipe de chercheurs pour reconstituer le code source par rétroingénierie<sup>1452</sup>. Fort heureusement, des expertises judiciaires ont également permis de constater l'existence d'un tel logiciel frauduleux par l'étude comportementale du véhicule dans des situations différentes sans que cela ne nécessite l'analyse précise du code informatique, ce qui est suffisant pour démontrer la tromperie<sup>1453</sup>. Mais il existe des hypothèses dans lesquelles la rétroingénierie<sup>1454</sup> trouve ses

---

<sup>1448</sup> CHAPENET J., LEQUESNE ROTH C., « Discrimination et biais genrés : les lacunes juridiques de l'audit algorithmique », *op. cit.*, p. 1852.

<sup>1449</sup> *Infra.*, n° 745 et s.

<sup>1450</sup> CONSEIL D'ETAT, *Le numérique et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>1451</sup> MANDARD, S., Cinq ans après le « Dieselgate », les constructeurs bénéficient toujours d'une « clause de confidentialité », *op. cit.*

<sup>1452</sup> CONTAG, M. *et al.*, « How They Did It: An Analysis of Emission Defeat Devices in Modern Automobiles », in *2017 IEEE Symposium on Security and Privacy (SP)*, San Jose, CA, 2017, p. 231 à 250, doi: 10.1109/SP.2017.66 ; UC SAN DIEGO, Researchers find Computer Code that Volkswagen Used to Cheat Emissions Tests, in *Jacobsschool.ucsd.edu* [en ligne]. [Consulté le 16 janvier 2021]. Disponible à l'adresse : <https://jacobsschool.ucsd.edu/news/release?id=2213>

<sup>1453</sup> INFOCURIA JURISPRUDENCE, Renvoi préjudiciel – Rapprochement des législations – Règlement (CE) n° 715/2007 – Véhicules à moteur – Émissions de polluants – Dispositif d'invalidation – Programme agissant sur le calculateur de contrôle moteur – Technologies et stratégies permettant de limiter la production des émissions de polluants – Moteur diesel, *Curia.europa.eu* [en ligne]. 30 avril 2020. [Consulté le 22 février 2021]. Disponible à l'adresse : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226006&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1563682>

<sup>1454</sup> Interview de Daniel Le Métayer : GUILLAUD H., Algorithmes et responsabilités, *Internetactu.net* [en ligne]. 16 mars 2016. [Consulté le 2 avril 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.internetactu.net/2016/03/16/algorithmes-et-responsabilites/>

limites et dont la constatation par comparaison pour déduire l'existence d'un logiciel truqué nécessite bien plus que quelques experts judiciaires, tant le niveau de technicité est élevé. C'est notamment pour cette raison que des équipes de chercheurs doivent être dédiées au sein de cette institution à l'étude sur le long terme des traitements algorithmiques.

735. Nous rejoignons davantage l'idée selon laquelle il conviendrait d'instaurer des commissaires aux algorithmes concernant les traitements algorithmiques au sens large et non seulement en matière d'IA ou d'algorithmes prédictifs<sup>1455</sup>, et ce dans le but de les auditer. Ils seraient rattachés à notre institution. La commission supérieure du numérique et des postes préconisait que, concernant les algorithmes auto-apprenants, dès qu'ils ont une incidence sur les individus,

*« la fourniture d'un accès aux algorithmes et dataset de tests permettant de vérifier la reproductibilité des traitements algorithmiques, l'absence de dérives et de biais dans le temps et leur contrôle, par des autorités indépendantes nationales ou européennes associant des représentants de la société civile. Ces nouvelles missions pourraient être exercées par des autorités indépendantes existantes, notamment celles en charge de la protection des données personnelles, à condition qu'elles soient dotées des moyens matériels, financiers et humains leur permettent d'exercer un contrôle effectif »<sup>1456</sup>.*

736. Un rapport du Sénat traitant des enjeux de souveraineté numérique, mais spécifiquement sur la question des plateformes numériques privées, abonde dans le sens d'une « auditabilité » des algorithmes plutôt qu'en faveur d'une publication de ces derniers<sup>1457</sup>. Les sénateurs constatent que les autorités publiques ne disposent pas des moyens techniques et humains nécessaires à l'accomplissement de cette tâche, c'est-à-dire à la possibilité dans le cadre de leurs fonctions d'accéder « *aux principes et méthodes de constitution des algorithmes ainsi qu'aux données sur lesquels ils se basent pour éviter l'asymétrie d'information entre les régulateurs et les régulés* »<sup>1458</sup>. Le rapport Villani de 2017 « *Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne* »<sup>1459</sup> évoquait également des pistes de réflexion relatives

---

<sup>1455</sup> COMMISSION SUPERIEURE DU NUMERIQUE ET DES POSTES, avis n° 2020-08 du 12 juin 2020, p. 5.

<sup>1456</sup> *Ibid.*

<sup>1457</sup> LONGUET G., Rapport n° 7, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1458</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1459</sup> VILLIANI C., SCHOENAUER M., BONNET Y., et al., Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne, mission confiée par le Premier ministre Edouard Philippe, *Vie-publique.fr* [en ligne]. 28 mars 2018 [Consulté le 16 juin 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/rapport/37225-donner-un-sens-lintelligence-artificielle-pour-une-strategie-nation>

à l'opacité de certains systèmes, raison pour laquelle elles sont appelées « boîtes noires », car au regard de l'état de l'art en informatique il n'est pas possible de recourir à la traçabilité de l'ensemble des processus de ce dernier : « *au-delà de la transparence, il est nécessaire d'accroître l'auditabilité des systèmes d'IA. Cela pourrait passer par la constitution d'un corps d'experts publics assermentés, en mesure de procéder à des audits d'algorithmes, des bases de données et de procéder à des tests par tout moyen requis. Ces experts pourraient être saisis à l'occasion d'un contentieux judiciaire, dans le cadre d'une enquête diligentée par une autorité administrative indépendante ou suite à une demande du Défenseur des droits.* »<sup>1460</sup>. Cette mission prendrait part dans un écosystème de recherche en matière d'explicabilité grâce à des investissements conséquents<sup>1461</sup>. Cette hypothèse avait également été avancée par la CNIL dans l'un de ses rapports puisqu'elle proposait la création d'une « *plateforme nationale d'audit des algorithmes* »<sup>1462</sup> composée d'un corps d'experts publics, ou bien par délégation d'experts privés homologués<sup>1463</sup>.

737. Toutefois, force est de constater que malgré des normes protectrices en matière de transparence, de nombreux traitements algorithmiques sont effectués par des opérateurs économiques étrangers qui ne souhaitent pas se soumettre à des audits. Cette instance aurait donc pour mission de contrôler par l'observation certains comportements de l'algorithme. A titre d'exemple, sans avoir accès aux algorithmes et aux données d'apprentissage de Google concernant sa plateforme Youtube, le CSA a pu mener une étude empirique sur les recommandations de contenus, ce qui a permis de prendre connaissance de quelques caractéristiques de l'algorithme<sup>1464</sup>. Aurélie Jean s'est par ailleurs prononcée en faveur d'une « *police des algorithmes* » automatisée<sup>1465</sup> afin de déceler les biais algorithmiques. Cette automatisation de la surveillance peut être intéressante pour effectivement observer le comportement des algorithmes auto-apprenants ou non, mais il nous semble évident que cela

---

<sup>1460</sup> VILLIANI C., Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne, p. 21, in *Vie-publique.fr* [en ligne]. Mars 2018 [Consulté le 16 avril 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/184000159.pdf>. Cette possibilité d'effectuer des tests et d'obtenir des statistiques de la part des plateformes pour comprendre les algorithmes sans en exiger le code source et les données d'apprentissage est également repris par le rapport de la mission « *Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook* » remis au secrétaire d'Etat en charge du numérique en mai 2019, p. 25 à 26. Certains spécialistes évoquent également la possibilité d'associer cette méthodologie à des testings : BINAIRE, Le testing algorithmique de la discrimination à l'embauche (2), *Le Monde.fr* [en ligne]. 10 janvier 2020 [Consulté le 12 juin 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.lemonde.fr/blog/binaire/2020/01/10/le-testing-algorithmique-de-la-discrimination-a-lembauche-2/>

<sup>1461</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>1462</sup> CNIL, *Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numérique, comment permettre à l'homme de garder la main : les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017, Recommandation 4, p. 57.

<sup>1463</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1464</sup> CSA, *Etude, capacité à informer des algorithmes de recommandation : une expérience sur le service YOUTUBE*, novembre 2019, p. 58.

<sup>1465</sup> JEAN A., *De l'autre côté de la machine : Voyage d'une scientifique au pays des algorithmes*, op. cit., p. 140 à 141.

ne peut être qu'un outil à la disposition de notre autorité et non se substituer à un contrôle humain, qui plus est car des algorithmes pourraient contourner en théorie ces systèmes de surveillance.

738. De manière plus contraignante, cette autorité référente en matière de surveillance des algorithmes bénéficierait d'un pouvoir d'investigation. Il s'exercerait dans certaines conditions par l'intermédiaire d'une autorisation préalable de l'institution judiciaire dédiée que nous aborderons ensuite<sup>1466</sup>, afin que la justice ordonne l'accès à des locaux avec les garanties adéquates au respect d'un Etat de droit protégeant les droits et libertés fondamentales comme le ferait la CNIL en matière de données à caractère personnel, à l'exception qu'il serait élargi possiblement aux systèmes d'information de tous les secteurs.

739. Au-delà de l'auditabilité, elle pourrait également, comme le fait la CNIL<sup>1467</sup>, élaborer des référentiels en matière de certification des algorithmes, tout en délivrant des agréments à des entreprises pouvant remplir cette mission, ce qui ne l'empêchera pas le cas échéant de contrôler que ce travail a correctement été effectué.

740. Pour conclure, il est tout aussi important qu'elle intervienne en tant qu'expert judiciaire sur demande d'intervention des juridictions. En effet, les expertises judiciaires sont très coûteuses pour les parties, en plus d'être techniquement complexes à opérer, notamment pour des raisons d'exigences juridiques de confidentialité<sup>1468</sup>. Dans l'hypothèse où il existe un doute sérieux qu'un traitement algorithmique a pu porter préjudice, ou bien a une incidence manifeste sur des libertés fondamentales au sens large, cette instance serait appelée à intervenir, bien qu'il soit naturellement possible d'effectuer des contre expertises judiciaires. Ce système permettrait à des justiciables sans connaissances informatiques particulières, voire qui ne soupçonneraient pas une telle intervention algorithmique dans le contentieux, d'obtenir des garanties. L'avantage de cette instance est qu'elle bénéficie en la matière d'une expérience importante ainsi que des études déjà effectuées sur les programmes en cause. Il est primordial de considérer que le contentieux a également pour mission de concourir à la transparence de ces logiciels, ce qui est actuellement assez peu le cas car nous ignorons bien souvent leurs incidences. L'enjeu probatoire est problématique en matière d'informatique et explique également pourquoi le contentieux est si peu quantitatif.

---

<sup>1466</sup> *Infra.*, n° 765 et s.

<sup>1467</sup> *Supra.*, n° 202 et s.

<sup>1468</sup> MIGAYRON S., « *Contradictoire et confidentialité dans les expertises des litiges du monde numérique : une mission impossible* », *op. cit.*

741. Après avoir évoqué en quoi il était nécessaire de se doter d'une autorité indépendante exclusivement technique en matière de transparence des algorithmes, il convient de considérer que la nature, et le degré de transparence de ces derniers, est également une question institutionnelle et démocratique.

## **SECTION 2 - Une nouvelle organisation des pouvoirs constitués œuvrant pour une plus grande transparence**

742. Nous plaignons pour une autorité de contrôle des traitements algorithmiques dont la mission ne sera pas de bénéficier à la fois d'un pouvoir réglementaire et de sanction. En effet, le schéma traditionnel des AAI de régulation tend à concentrer de nombreuses prérogatives, et constitue une rupture dans la manière d'appréhender la séparation des pouvoirs telles que conçues initialement au sein des démocraties libérales<sup>1469</sup>, ce qui n'est pas sans incidence sur l'effectivité de la transparence.

743. Il y a des époques qui nécessitent davantage d'adaptation du point de vue institutionnel, et celle que nous vivons, en fait partie. A défaut, les institutions ne peuvent plus remplir leur rôle démocratique, notamment parce qu'il convient d'appréhender un monde virtuel émulé à partir d'un monde physique, mais dont les incidences sur les libertés et la conciliation des droits n'est pas nécessairement la même entre ces deux sphères.

744. Concernant la nature et le degré de transparence que nécessite l'application du principe de transparence constitutionnellement protégé, il convient d'évoquer une réforme institutionnelle aussi bien législative (Paragraphe 1) que judiciaire (Paragraphe 2). Ces contre-pouvoirs seraient par ailleurs conseillés techniquement par notre commission.

### **PARAGRAPHE 1 - Une chambre législative relative aux enjeux numériques**

745. La transparence des traitements algorithmiques n'est pas qu'une problématique technique. Il s'agit notamment d'un sujet éminemment démocratique portant aussi bien sur la nature ou le degré de transparence à mettre en œuvre par secteur, voire le cas échéant,

---

<sup>1469</sup> PERROUD T., *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Nouvelles bibliothèques de thèses, Dalloz, 2013.

l'interdiction de certaines techniques lorsqu'un domaine exige une transparence absolue (A), ce qui ne peut être débattu que par le Parlement. Pour ce faire, nous proposons une spécialisation du Parlement dans ce domaine (B).

### **A - Un contrôle démocratique insuffisant sur la mise en œuvre des traitements algorithmiques**

746. Les critiques relatives à la multiplication des AAI ou de leurs compétences ne sont pas nouvelles<sup>1470</sup>. Elles soulèvent par ailleurs bien des interrogations qui ne sont pas propres au numérique. Le Président du Sénat, Gérard Larcher, y voit par ailleurs un affaiblissement du pouvoir législatif, voire un Etat dans l'Etat<sup>1471</sup>. Des auteurs, comme Thomas Perroud, considèrent que les AAI participent à l'instauration d'une légalité néolibérale<sup>1472</sup>. Ces institutions posent naturellement la question de l'exercice du pouvoir politique, mais force est de constater que l'indépendance vis-à-vis de ce pouvoir est une qualité essentielle, notamment pour exercer un rôle de contrôle purement technique, ce qui nous intéresse particulièrement dans le cadre des traitements algorithmiques, et a abouti à notre proposition de commission de contrôle. Mais nous n'avons pas fait le choix de proposer une AAI générale qui disposerait à la fois du pouvoir d'édicter des règlements et de les sanctionner tout en assurant la fonction de contrôle des algorithmes. De plus, l'argument initial plaidant en faveur des AAI telles que la rapidité et l'efficacité, en tant que mode de régulation, est de plus en plus discutable<sup>1473</sup> puisqu'elles sont elles-mêmes soumises à des contraintes procédurales de plus en plus strictes, ce que nous encourageons, ainsi qu'à des moyens inadaptés.

747. La problématique démocratique relative aux enjeux du numérique a sans doute été éludée car le Parlement se suffisait à lui-même, et avait démontré qu'il pouvait faire œuvre libérale en votant de nombreuses lois participant à la transparence de l'action administrative dans les années soixante-dix<sup>1474</sup>. Et surtout, l'informatique était appréhendée comme une discipline purement technique, et donc d'experts.

---

<sup>1470</sup> MEZARD J., Rapport n° 126 sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes du Sénat, session ordinaire de 2015-2016, fait au nom de la commission d'enquête, enregistrée à la Présidence du Sénat le 28 octobre 2015.

<sup>1471</sup> « *Il faudra aussi nous poser la question de la multiplication des autorités indépendantes, qualifiées de tel parce que non issues de l'élection.* », JACQUOT G., Autorités administratives indépendantes : le Sénat s'interroge à nouveau sur leur « multiplication », *Public Sénat.fr* [en ligne]. 23 janvier 2019 [Consulté le 26 novembre 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.publicsenat.fr/article/parlementaire/autorites-administratives-independantes-le-senat-s-interroge-a-nouveau-sur>

<sup>1472</sup> PERROUD T., « Essai sur les caractères néolibéraux du droit administratif contemporain », in *Mélanges en l'honneur de Serge Regourd*, 2018.

<sup>1473</sup> MANANCOURT V., Have a GDPR complaint ? Skip the regulator and take it to court, *op. cit.*

<sup>1474</sup> *Supra.*, n° 75 et s.

748. Comme nous l'avons vu, il était initialement question de confier à la CNIL le rôle de contre-pouvoir technique en matière d'informatique<sup>1475</sup>. Raison pour laquelle, indépendamment des avis à portée consultative, il existait une procédure d'avis conforme de la commission prévue par la loi pour la création de traitements d'intérêt public de données personnelles dits sensibles<sup>1476</sup> ou pour les actes réglementaires autorisant les personnes morales gérant un service public de « *procéder au traitement automatisé des informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté* »<sup>1477</sup>.

749. Cet avis a par ailleurs été retiré en 2004<sup>1478</sup>, et de nombreux traitements n'ont été subordonnés qu'à un avis simple de la CNIL, notamment parce qu'un rapport évoquait dès 2002 qu'un avis simple n'affaiblirait pas « *pour autant, les pouvoirs de cette autorité, car la publicité donnée à cet avis sera telle qu'il sera difficile pour l'administration de s'en affranchir* »<sup>1479</sup>. Mais le droit souple n'est pas le droit dur, et la CNIL n'est plus un contre-pouvoir efficace face au pouvoir politique dans l'instauration de tels traitements<sup>1480</sup>. De plus, le pouvoir de sanction administrative de la CNIL n'intervient qu'a posteriori de la mise en œuvre du traitement, ce qui n'empêche pas son déploiement.

750. L'affaiblissement de la CNIL en tant que contre-pouvoir technique, corrélée à une dérive présidentialisée de la Ve République, ne constituait plus un frein suffisant à l'instauration de traitements algorithmiques liberticides publics. Cette prise de conscience s'est par ailleurs manifestée lors de la crise sanitaire de la Covid-19 lorsque des parlementaires ont prorogé l'état

---

<sup>1475</sup> *Supra.*, n° 699.

<sup>1476</sup> « *Il est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes. Toutefois, les églises et les groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical peuvent tenir registre de leurs membres ou de leurs correspondants sous forme automatisée. Aucun contrôle ne peut être exercé, de ce chef, à leur encontre.*

*Pour des motifs d'intérêt public, il peut aussi être fait exception à l'interdiction ci-dessus sur proposition ou avis conforme de la commission par décret en Conseil d'Etat* », Art. 31 ancien de la LIL.

<sup>1477</sup> Art. 30 al. 1<sup>er</sup> ancien de la LIL.

<sup>1478</sup> Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (1).

<sup>1479</sup> GOUZES G., Rapport n° 3526 sur le projet de loi n° 3250 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de l'Assemblée nationale, 11<sup>e</sup> législature, fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 janvier 2002, p. 26 à 27.

<sup>1480</sup> Bien que la CNIL n'ait jamais utilisée ce droit de blocage, un rapport a évoqué l'éventualité qu'« *On peut aussi supposer qu'il y avait négociation préalable pour que le fichier soit conçu de telle façon qu'il n'y ait pas de problèmes justifiant le veto de la CNIL.* », ce qui tranche évidemment avec le fait que la CNIL apprenne tardivement de nos jours l'existence de nouveaux projets de systèmes d'information, voire par la voie de presse, mettant fin à une sorte de collaboration entre pouvoirs. Voir en ce sens, DETRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., Rapport d'information n° 441 relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques du Sénat, session ordinaire 2008-2009, fait au nom des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, Règlement et d'administration générale, enregistré à la Présidence du Sénat le 27 mai 2009, p. 25, *Sénat.fr* [en ligne]. 27 mai 2009. [Consulté le 3 avril 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/rap/r08-441/r08-4411.pdf>

d'urgence sanitaire une première fois<sup>1481</sup>. Le législateur a voté la création de systèmes d'information de données personnelles à des fins de santé publique, et ce sans le consentement des personnes concernées. Toutefois, les modalités d'application de ces traitements relevant du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire pris par décret en Conseil d'Etat, devaient être subordonnées à un avis conforme de la CNIL<sup>1482</sup>. Mais ce contrôle technique, prenant la forme d'un droit de blocage, a été déclaré inconstitutionnel puisque le Conseil constitutionnel a estimé classiquement qu'« en vertu de l'article 21 de la Constitution et sous réserve de son article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire à l'échelon national. Ces dispositions n'autorisent pas le législateur à subordonner à l'avis conforme d'une autre autorité de l'État l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire »<sup>1483</sup>.

751. Il existe d'autres menaces concernant les pouvoirs constitués, comme le risque qu'ils se prononcent en faveur d'un traitement automatisé de données personnelles ou non, qui ne serait pas parfaitement celui qui a été mis en œuvre, aboutissant aussi bien à une vulnérabilité à l'encontre des individus que des personnes morales dont l'Etat lui-même<sup>1484</sup>. En effet, la CNIL a par exemple eu à se prononcer au sujet de « *Stopcovid* »<sup>1485</sup> par l'intermédiaire d'un avis simple ; avis pris sur des éléments lacunaires non représentatifs de l'architecture réelle puisqu'elle n'était pas encore intégralement développée. De la même manière, le Parlement peut être amené à se prononcer sur des spécifications différentes du programme final. En ce sens, François Lesueur note<sup>1486</sup> qu'il s'agit d'un problème démocratique lorsque les caractéristiques annoncées, c'est-à-dire théoriques, ne correspondent pas à l'implémentation

---

<sup>1481</sup> ASSEMBLÉE NATIONALE, 15<sup>e</sup> législature, projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, adopté le 9 mai 2020, *Assemblée-nationale.fr* [en ligne]. 4 octobre 2020. [Consulté le 25 octobre 2020]. Disponible à l'adresse : [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0418\\_texte-adopte-seance](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0418_texte-adopte-seance)

<sup>1482</sup> *Ibid.*, art. 11 V.

<sup>1483</sup> CC, décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, §. 77. Avait également été déclaré inconstitutionnel pour les mêmes raisons la subordination de l'exercice du pouvoir réglementaire du Premier ministre à un avis conforme de la CNIL concernant spécifiquement les modalités de gestion et d'utilisation d'un traitement de la sécurité sociale. En effet, une AAI ne peut être habilitée par le législateur à exercer le pouvoir réglementaire national qu'à la condition que cette habilitation reste « de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » CC, décision n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 35 et suivant.

<sup>1484</sup> DOUVILLE T., HERVOCHON C., NOEL E., PAQUIER Y., « Les vulnérabilités numériques », *op. cit.*, p. 117.

<sup>1485</sup> CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « *StopCovid* ».

<sup>1486</sup> « L'implémentation remet en cause des hypothèses de la spécification, hypothèses utilisées pour analyser la privacy, analyse de privacy utilisée par la CNIL et par le parlement lors du vote par exemple », LESUEUR F., *Privacy de StopCovid : La dure réalité de l'implémentation face à la théorie de la spécification*, *Flesueur.medium.com* [en ligne]. 11 juin 2020. [Consulté le 26 janvier 2021]. Disponible à l'adresse : <https://flesueur.medium.com/privacy-de-stopcovid-la-dure-r%C3%A9alit%C3%A9-de-limpl%C3%A9mentation-face-%C3%A0-la-th%C3%A9orie-de-la-sp%C3%A9cification-9021a4ca2b6a>. L'auteur note également dans un autre de ses articles que « *La fourniture d'un code source génère une fausse impression de confiance. Ce programme s'exécute en dehors de la zone contrôlée par l'utilisateur et l'open-source n'apporte donc aucune transparence. Aucune preuve que c'est bien ce programme qui tourne réellement. Aucune preuve que les données ne sont pas récupérées en chemin par un autre programme.* », LESUEUR F., *Pourquoi l'open-source n'apporte (presque) rien face aux critiques contre StopCovid* », *Flesueur.medium.com* [en ligne]. 13 mai 2020 [Consulté le 25 novembre 2020]. Disponible à l'adresse : <https://flesueur.medium.com/pourquoi-lopen-source-n-apporte-presque-rien-face-aux-critiques-contre-stopcovid-24a9dccb68fe>

réelle dans le programme, alors que le vote du Parlement ou l'avis de la CNIL ont reposé sur des hypothèses de spécification. Il est toujours possible de considérer que la CNIL peut effectuer des contrôles a posteriori afin de s'assurer de la conformité de l'application à la réglementation, ce qu'elle a par ailleurs fait dans le cadre de « *Stopcovid* »<sup>1487</sup>, mais en attendant un tel contrôle, l'outil reste déployé, trahissant de fait le choix démocratique tandis que le traitement a pu produire des effets pendant une certaine durée telle qu'une violation de droit et libertés fondamentales.

752. Par ailleurs, dans le cadre du numérique, le pouvoir réglementaire est susceptible de nuire, voire de rendre ineffective la transparence des traitements algorithmiques, et ce quand bien même la mise en œuvre de ces derniers aurait été votée par le Parlement. En effet, soit le pouvoir réglementaire n'intervient que trop tardivement pour appliquer la loi, comme c'est par exemple le cas en matière d'*open data* des décisions de justice<sup>1488</sup>, ou bien il peut dénaturer par l'intermédiaire du décret d'application de la loi son esprit, et donc la mise en œuvre de la transparence en favorisant une technologie plus opaque qu'une autre. En effet, le choix de la mise en œuvre des systèmes d'information autorisés par le Parlement, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas de la compétence du pouvoir réglementaire, est précisé par l'intermédiaire d'un décret d'application. Il y a d'ailleurs fort à parier que si la loi était trop précise dans la mise en œuvre de la transparence, elle serait déclarée inconstitutionnelle par le Conseil.

753. Toutefois, la question de la transparence et du numérique ne peut se résoudre à des ajustements purement techniques. Le numérique, et la manière dont il convient d'assurer sa transparence, voire son exclusion en fonction des secteurs si elle ne peut être assurée, est un débat de nature politique. Ce débat ne peut avoir lieu que dans un cadre démocratique, c'est-à-dire constitutionnellement établi.

754. Les AAI posent un problème de nature démocratique. Et cette problématique n'est pas neuve puisqu'elles confortent l'idée selon laquelle le numérique, et également la transparence de ces systèmes, ne pourrait s'opérer qu'à travers des spécialistes. Il est évident que l'expertise, comme nous l'avons vu, n'est pas politique, raison pour laquelle une institution indépendante du pouvoir politique doit s'en charger. Toutefois, force est de constater qu'au-delà de l'analyse en elle-même des logiciels, l'enjeu démocratique est de taille. Ainsi, comme nous l'avons déjà

---

<sup>1487</sup> Décision n° MED-2020-015 du 15 juillet 2020 mettant en demeure le ministère des solidarités et de la santé. Cette mise en demeure fut par ailleurs clôturée après régularisation par la décision n° 2020-015 du 3 septembre 2020.

<sup>1488</sup> Voir en ce sens au sujet de l'*open data* des décisions de justice, CE, 21 janvier 2021, req. n° 429956.

étudié, toutes les architectures techniques ne se valent pas pour parvenir à un objectif et il convient également d'aborder la manière dont la transparence juridique doit prendre forme. Et nous ne pouvons ignorer que le juridique est bien souvent l'émanation d'une intention politique. Hans Kelsen n'a-t-il d'ailleurs pas dit que « *le contenu d'un ordre juridique déterminé prend, dans un cas donné, dépend entièrement du législateur, c'est-à-dire des rapports de puissance existant au moment donné, des individus ou des groupes sociaux qui ont le pouvoir de déterminer le droit* »<sup>1489</sup>.

## **B - Nature de l'organe législatif nouvellement constitué et compétences**

755. Il convient d'établir de nouveaux mécanismes d'équilibre des pouvoirs, y compris pour obtenir une meilleure collaboration entre ces derniers. Historiquement<sup>1490</sup>, le Parlement est apparu comme l'organe assurant la protection des droits et libertés. Bien qu'il existe une crise de la représentation politique, le Parlement demeure l'organe à la plus grande représentativité. Le pouvoir législatif a été initialement perçu, sous l'influence de l'observation du régime constitutionnel britannique, comme le garant des libertés individuelles, surtout dans la période de l'Etat légicentrique<sup>1491</sup>, ce qui se retrouvait dans l'esprit de la DDHC de 1789, notamment par l'intermédiaire d'une loi sacralisée et en tant qu'expression de la volonté générale<sup>1492</sup> avant qu'elle ne le soit que dans le respect de la Constitution<sup>1493</sup>. Le bicamérisme, qu'il soit égalitaire ou non, incarne l'idée selon laquelle la société est scindée en plusieurs ordres, nécessitant la création d'un corps législatif constitué de plusieurs organes, comme c'est le cas au Royaume-Uni avec la participation des lords et du Peuple, dans la formation de l'expression de la volonté générale. Dans d'autres systèmes constitutionnels, comme c'est le cas aux Etats-Unis d'Amérique, il ne s'agit pas de prendre en compte différentes composantes de la société, mais d'offrir en plus du Peuple dans sa dimension nationale, une participation des Etats fédérés<sup>1494</sup>.

756. Au-delà de la représentation, l'existence de différents organes au sein du corps législatif est une vertu en ce qu'elle implique une balance des pouvoirs<sup>1495</sup>. Il convient naturellement de

---

<sup>1489</sup> KELSEN H., *Controverses sur la Théorie pure du droit. Remarques critiques sur Georges Scelle et Michel Virally*, Editions Panthéon-Assas, 2005, p. 65.

<sup>1490</sup> L'Angleterre était qualifiée de « mère des parlements ». Voir en ce sens, ACHANTRE C., *L'instance législative dans la pensée constitutionnelle révolutionnaire (1789-1799)*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Dalloz, 2008, p. 40.

<sup>1491</sup> REDOR M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, op. cit.

<sup>1492</sup> Art. 6 de la DDHC de 1789.

<sup>1493</sup> CC, décision n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 17.

<sup>1494</sup> HAMILTON A., JAY J., MADISON J., *Le Fédéraliste*, PolitiqueS, Classiques Garnier, réédition, 2012, 648 p.

<sup>1495</sup> DE MONTESQUIEU C., *De l'esprit des lois*, Barrillot & fils, 1748 ; TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Anthologie du droit, LGDJ, 2014, 250 p.

ne pas considérer que le Parlement se suffirait à lui-même, mais il est possible de mieux concevoir la confrontation entre les deux chambres. En France, l'organe législatif est composé de l'Assemblée nationale qui représente le Peuple, et du Sénat qui « assure la représentation des collectivités territoriales de la République. »<sup>1496</sup>. De plus, la Vème République a conservé le Conseil économique et social<sup>1497</sup> -représentant de la société civile - en tant qu'auxiliaire du Parlement, puisqu'à défaut de lui avoir confié de la puissance législative, il n'a qu'un rôle purement consultatif<sup>1498</sup>. Cela étant, il était déjà question d'enrichir la représentativité de la chambre haute en la fusionnant avec le Conseil économique et social, même s'il ne s'agissait finalement pas d'en faire un véritable contre-pouvoir à l'Assemblée nationale<sup>1499</sup>. Pourtant, en 1946, le Général de Gaulle dans sa critique du projet de constitution, qui donnera lieu à la IVe République, se prononçait en faveur d'une telle chambre permettant de prendre en considération des enjeux « qu'une Assemblée purement politique a fatalement tendance à négliger »<sup>1500</sup>. Enfin, il précisait par ailleurs en ce sens lors du discours de Bayeux du 16 juin 1946 sa volonté qu'elle soit composée notamment « des représentants des organisations économiques, familiales, intellectuelles, pour que se fasse entendre, au-dedans même de l'État, la voix des grandes activités du pays »<sup>1501</sup>. Bien que le rôle de la société civile soit essentiel, y compris pour participer à la transparence des algorithmes, raison pour laquelle il conviendra d'établir un écosystème favorable à cet égard comme nous serons amenés à l'aborder<sup>1502</sup>, nous ne souhaiterions toutefois pas prendre la direction d'une revalorisation du Conseil économique, social et environnemental, du moins à cette fin.

757. Tout d'abord, force est de constater que la dérive présidentiale de notre régime constitutionnel, couplée à l'inflation législative et à la complexité des débats dans des domaines de plus en plus pénétrés par des considérations techniques, comme celle du numérique, rend envisageable et opportun un contre-pouvoir politique aux chambres existantes que l'on pourrait qualifier de généralistes. D'autre part, il serait problématique du point de vue de la légitimité politique que des représentants de la société civile puissent bénéficier d'une faculté d'empêcher les propositions de la chambre basse représentant la Nation. Enfin, l'instauration d'une nouvelle

---

<sup>1496</sup> Art. 24 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>1497</sup> Depuis la réforme constitutionnelle de 2008, il a été renommé en Conseil économique, social et environnemental, art. 69 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>1498</sup> HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, LGDJ, 36<sup>e</sup> édition, p. 627.

<sup>1499</sup> Il a été question de le fusionner avec le Sénat en 1969. Voir en ce sens, Décret n° 69.296 du 2 avril 1969 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, annexe, *Projet de loi relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat*.

<sup>1500</sup> DE GAULLE C., Discours prononcé à Epinal 29 septembre 1946, *Mjp.univ-perp.fr* [en ligne]. [Consulté le 2 janvier 2021]. Disponible à l'adresse : <https://mjp.univ-perp.fr/textes/degaulle29091946.htm>

<sup>1501</sup> DE GAULLE C., Le discours de Bayeux (1946), *Elysee.fr* [en ligne]. [Consulté le 25 janvier 2021]. Disponible à l'adresse : <https://www.elysee.fr/la-presidence/le-discours-de-bayeux-194>

<sup>1502</sup> *Infra.*, n° 788 et s.

commission parlementaire permanente dédiée aux enjeux du numérique ne saurait pallier les travers de l'absence d'un contre-pouvoir législatif suffisant.

758. Le corps législatif l'a déjà démontré, il est susceptible de voter des dispositions relatives à la transparence des traitements algorithmiques. Tel est par exemple le cas avec le droit d'accès à ses données personnelles<sup>1503</sup>, une plus grande transparence des plateformes numériques et de leurs algorithmes<sup>1504</sup>, ou encore le droit à l'explicabilité des décisions administratives individuelles fondées sur un traitement algorithmique<sup>1505</sup>. Ainsi, aux vues de la nécessaire constitutionnalisation d'un principe de transparence des traitements algorithmiques, il revient au Parlement de préciser le degré et la nature de la transparence par secteur, c'est-à-dire s'il s'agit parfois d'un droit à une transparence directe ou le cas échéant si elle doit s'accomplir par l'intermédiaire du tiers de confiance que nous proposons, à savoir par une autorité de contrôle technique. Mais le Parlement ne fait pas toujours œuvre libérale comme il a pu le démontrer, et le Conseil constitutionnel ne joue pas toujours pleinement son rôle de contre-pouvoir sur la question des systèmes d'information<sup>1506</sup>.

759. La création d'une nouvelle chambre dédiée aux enjeux du numérique est justifiée par la nécessité de prendre en compte des compétences particulières. Au même titre qu'il a fallu créer la CNIL, comme institution technique, des représentants spécialisés sur ces questions seraient les plus à même d'effectuer un meilleur arbitrage entre les droits et libertés fondamentales dans l'environnement numérique. En effet, la conciliation à opérer au sein de cette sphère et le terrain classique n'est pas forcément la même pour parvenir à un objectif défini<sup>1507</sup>.

760. La création de tout traitement automatisé de données, publics et privés sous un certain seuil de connexion, engendrant des effets sur la société ou les droits et liberté, nécessiterait l'aval de cette chambre. Il s'agirait donc d'un régime d'autorisation. Dans ce cas de figure, il conviendrait d'une révision constitutionnelle pour que l'instauration de ces traitements soient exclusivement du domaine de la loi au titre de l'article 34 de la Constitution. Il existe certes une compétence d'attribution du pouvoir législatif en matière de libertés publiques, mais les algorithmes exercent parfois des incidences sur l'ensemble de la société sans que cela n'ait de

---

<sup>1503</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>1504</sup> La loi pour une République numérique de 2016 prévoit des dispositions relatives à la transparence des opérateurs de plateforme numérique, Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 *relative à la lutte contre la manipulation de l'information*.

<sup>1505</sup> La loi pour une République numérique de 2016 offre une certaine transparence des décisions administratives individuelles prises sur le fondement de traitements algorithmiques.

<sup>1506</sup> *Supra.*, n° 653 et s.

<sup>1507</sup> *Infra.*, n° 987 et s.

prime abord une incidence sur les personnes<sup>1508</sup>. C'est uniquement parce que le pouvoir législatif sera compétent dans ce domaine que cette chambre spéciale aura ensuite une emprise sur ladite matière. Une fois le texte voté, il resterait toutefois au pouvoir réglementaire le soin de préciser la loi et de veiller à son bon respect sous le contrôle du juge<sup>1509</sup>, qui plus est spécialement dédié pour apprécier que les architectures techniques sont bien respectueuses des principes imposés par le législateur<sup>1510</sup>. Cette attribution de compétence en faveur du Parlement aurait également pour but d'éviter que le pouvoir réglementaire ne dénature pas les exigences de transparence comme cela a pu être le cas avec l'application « *StopCovid* » dans la mesure où il était question, lors de sa mise en œuvre, de publier un rapport sur son fonctionnement, au plus tard le 30 janvier 2021<sup>1511</sup>. Cette exigence n'a finalement pas été accomplie, et un nouveau décret est venu supprimer cette obligation initiale<sup>1512</sup>.

761. Toutefois, bien qu'elle soit élue au suffrage universel direct<sup>1513</sup>, cette chambre n'aurait pas vocation à remplacer l'Assemblée nationale et le Sénat. Les parlementaires qui composeraient cette chambre ne bénéficieraient pas de l'initiative des lois, ni ne pourraient les voter dans leur globalité, mais seraient obligatoirement consultés sur les textes comportant un volet numérique et auraient la faculté de soit s'opposer totalement à une disposition numérique, soit conditionner son application au respect de principes particuliers comme l'explicabilité par exemple, voire en exclure certains usages, y compris pour motif d'absence de transparence. En effet, certaines technologies doivent être exclues comme en matière de vote électronique, car elles ne répondent pas aux exigences de principes du droit<sup>1514</sup>. Ces amendements lieraient les chambres principales et elles n'auraient pas d'autres choix que de les adopter ou de purement renoncer à un volet numérique. En effet, si nous prenons l'exemple d'une loi relative à la prévention de l'ordre public<sup>1515</sup>, ne pourraient être adoptés que des dispositifs de surveillance

---

<sup>1508</sup> Le vote électronique peut par exemple exercer une vulnérabilité sur le corps électoral sans qu'il n'ait d'incidence au premier abord sur les individus. Pour plus de précisions, *Supra.*, n° 538 et s.

<sup>1509</sup> A titre d'exemple, tel est déjà le cas concernant le déploiement d'algorithmes utilisés dans le cadre de l'action administrative : « *Il appartiendra notamment, à ce titre, au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge, de veiller à ce que les algorithmes utilisés par ces traitements ne permettent de collecter, d'exploiter et de conserver que les données strictement nécessaires à ces finalités.* », CC, décision n° 2019-796 DC, 27 décembre 2019, *loi de finances pour 2020*, § 92.

<sup>1510</sup> *Infra.*, n° 765 et s.

<sup>1511</sup> « *Le responsable de traitement rend public un rapport sur le fonctionnement de StopCovid dans les trente jours suivant le terme de la mise en œuvre de l'application, et au plus tard le 30 janvier 2021.* », Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « *StopCovid* », art. 5.

<sup>1512</sup> Décret n° 2021-157 du 12 février 2021 modifiant le décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « *StopCovid* ».

<sup>1513</sup> Nous recommandons des élections propres à la matière pour assurer une représentation plus fine sur ces enjeux.

<sup>1514</sup> Certaines technologies sont opaques, empêchant de constater la nature de l'altération de la sincérité du scrutin, tandis que d'autres technologies sont plus transparentes, mais elles permettent en contrepartie de retracer le vote de l'électeur, et donc remettent en cause le secret du vote. La transparence plébiscitée dans ces travaux n'est pas celle des personnes juridiques mais du fonctionnement des logiciels, *Supra.*, n° 538 et s.

<sup>1515</sup> Tel pourrait être le cas des technologies particulièrement liberticides comme la reconnaissance faciale ou encore du recours à la police prédictive. Pour ce dernier exemple, voir en ce sens, CASTETS-RENARD C., BESSE P., LOUBES J-M., PERRUSSEL L.,

numérique avec l'accord de cette chambre. Sans son autorisation, le législateur « généraliste » serait contraint à poursuivre son objectif uniquement par l'intermédiaire d'une surveillance opérationnelle humaine. Il s'agit donc de créer un contre-pouvoir technique tout en bénéficiant d'une légitimité démocratique, ce que la gouvernance habituelle en matière de numérique ne parvient pas à réaliser.

762. Lorsque des intérêts particuliers sont en jeu, cet auxiliaire législatif pourrait préciser certaines modalités de mise en œuvre des traitements au nom de la souveraineté numérique. Tel serait le cas sur le fait d'exiger de la part de l'administration que des logiciels puissent être déployés qu'à la condition qu'ils s'exécutent sur du matériel fabriqué sur le territoire national ou européen, et dont la chaîne de valeur est contrôlée, afin d'éviter d'aboutir à des interceptions de données de la part de puissances étrangères, ou bien à la neutralisation du système par exemple. Il en serait de même concernant les données de santé<sup>1516</sup>. Cela implique par ailleurs dans le respect de ce nouvel équilibre des pouvoirs que cette matière ne pourrait pas faire l'objet d'habilitation à légiférer par ordonnance.

763. L'autorité de contrôle que nous avons proposée serait à même de conseiller cette chambre sur le chemin de la transparence, ce que sont notamment censées effectuer les études d'impact des lois. En effet, il existe aujourd'hui des hypothèses où les parlementaires doivent se prononcer sur la pérennisation ou l'instauration de dispositifs algorithmiques, comme ce fut le cas pour les algorithmes utilisés dans le cadre du renseignement, sans bénéficier d'analyse d'impact complète ou de rapport précis sur les technologies sur lesquelles ils devaient débattre du fait qu'elles sont confidentielles<sup>1517</sup>. Cette transparence doit au moins être assurée par la commission technique vis-à-vis des parlementaires afin d'apporter des informations suffisantes et véridiques nécessaires au travail législatif.

764. Au-delà de la question de la transparence, cette chambre pourrait également débattre, lorsqu'elle est saisie d'un texte, dans le sens de l'exclusion de certains usages quand bien même les garanties relatives à la transparence seraient atteintes, dans la mesure où la question du

---

Centre des Hautes Etudes du ministère de l'Intérieur, Rapport relatif Encadrement des risques techniques et juridiques des activités de police prédictive, *Papers.ssrn.com* [en ligne]. 2019 [Consulté le 6 juin 2020]. Disponible à l'adresse : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3418855](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3418855) et FERET C., POINTEREAU R., Rapport d'information n° 621 sur l'ancrage territorial de la sécurité intérieure du Sénat, session ordinaire 2019-2020, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2020, et faisant état du développement d'un logiciel de police prédictive par la gendarmerie afin d'anticiper les cambriolages.

<sup>1516</sup> Voir en ce sens la critique sur l'hébergement du *Health data hub*, *supra.*, n° 631 et s.

<sup>1517</sup> FORTEZA P., L'utilisation des nouvelles technologies par les pouvoirs publics, *Site de la Fondation Jean Jaurès* [en ligne] 1<sup>er</sup> juin 2021. [Consulté le 14 novembre 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.jean-jaures.org/publication/lutilisation-des-nouvelles-technologies-par-les-pouvoirs-publics/>

numérique ne se cantonne pas qu'à cette problématique. Une technologie réputée parfaite, bien qu'elle n'existe pas à ce jour, c'est-à-dire transparente, sécurisée et sans biais par exemple, n'empêcherait pas des menaces systémiques sur les libertés<sup>1518</sup>. C'est admettre que c'est au politique de façonner l'informatique, et d'utiliser les outils adaptés à l'objectif poursuivi, et non à l'informatique de faire sa loi.

## **PARAGRAPHE 2 - UNE NOUVELLE REORGANISATION DE LA JUSTICE**

765. La justice n'est pas en reste et est amenée à évoluer davantage pour prendre en considération le fait juridique étudié. Le modèle des autorités de régulation en matière de numérique a échoué. Il peine notamment à garantir l'effectivité des droits et libertés, et plus largement de l'ordre juridique. Le pouvoir juridictionnel est précieux, et concourt déjà à la transparence des traitements algorithmiques (A), mais il gagnerait pour plus d'efficacité à se spécialiser (B).

### **A - L'actuelle articulation**

766. Que l'on considère le pouvoir juridictionnel comme la fonction étatique participant à donner une signification à la norme, ou bien en tant que simple « *bouche de la loi* »<sup>1519</sup>, cette puissance est sans doute la plus indépendante des corps constitués. En d'autres termes, les juridictions participent à la transparence des traitements algorithmiques, qui comme nous l'avons vu, est une clé de voûte des droits et libertés, y compris de ceux conceptualisés sur le terrain classique.

767. En matière de transparence, cette fonction, comme pour les autres domaines, va lui donner corps. Les juridictions judiciaires ont déjà eu à connaître, même si cela demeure encore rare, certains contentieux comme cela a par exemple été le cas en matière de droit de la consommation<sup>1520</sup> concernant les exigences de loyauté et de transparence des plateformes numériques. Le juge judiciaire est allé, conformément à son rôle, jusqu'à venir préciser ledit régime juridique. Il est toutefois à noter qu'au regard des algorithmes les plus difficilement observables, le pouvoir juridictionnel se heurte à des difficultés probatoires, qui affectent la

---

<sup>1518</sup> Tel est par exemple le cas de certains usages comme la reconnaissance faciale.

<sup>1519</sup> De MONTESQUIEU C., *De l'esprit des lois*, *op. cit.*

<sup>1520</sup> TGI de Paris, jugement du 17 décembre 2019, RG 17/06223 ; TGI de Paris, jugement du 24 novembre 2020, association consommation, logement et cadre de vie c/ Be Labo.

bonne tenue des expertises judiciaires. A titre d'exemple, un TGI s'est déjà prononcé en faveur d'une condamnation de la Poste à transmettre une liste de documents à un cabinet d'expertise afin de faire toute la lumière sur le fondement d'un logiciel<sup>1521</sup> suspecté d'avoir dégradé les conditions de travail des salariés.

768. Quant aux juridictions administratives, elles interviennent en tant que juge d'appel des sanctions administratives des AAI, et donc effectuent un contrôle de celles-ci, y compris sur les décisions portant sur les obligations de transparence<sup>1522</sup>. L'ordre administratif a eu de plus à connaître d'un important contentieux relatif aux algorithmes utilisés dans le cadre de l'action administrative, et ce depuis le nouveau régime juridique des décisions administratives individuelles fondées sur un traitement algorithmique<sup>1523</sup>. Le juge administratif est venu entériner la doctrine de la CADA afin d'assimiler les codes sources à des documents administratifs communicables<sup>1524</sup> avant l'adoption de la LRN. Puis la plateforme *ABP*, suivie de *Parcoursup*, a généré un important contentieux. Néanmoins, il apparaît que le Conseil d'Etat n'est pas le plus protecteur en la matière puisqu'il a choisi de retenir une interprétation moins favorable que celle du défenseur des droits ou du TA de Guadeloupe au sujet de la transparence de ces traitements algorithmiques<sup>1525</sup>. Il en est de même en matière électorale où il n'a pas souhaité reconnaître un principe de vérifiabilité des systèmes de vote, alors que l'absence de transparence ne peut que limiter l'émergence d'un contentieux, et sur lequel le juge électoral ne peut plus appréhender le degré d'altération de la sincérité du scrutin<sup>1526</sup>, voire du non-respect des autres principes du droit électoral. Pourtant, le juge vérifie dans certaines affaires la documentation des machines à voter, ainsi que les audits privés effectués sur le site de fabrication de ces ordinateurs, mais ce n'est nullement de nature à s'assurer le jour du scrutin que le système fonctionne correctement. De plus, c'est accepter qu'une transparence directe ne peut être opérée par l'électeur lui-même.

769. Le Conseil constitutionnel n'est pas en reste et il a joué un rôle significatif dans la construction du régime juridique de la transparence des traitements algorithmiques, surtout ceux relatifs aux algorithmes auto-apprenants utilisés par l'administration dans le cadre de décisions administratives individuelles exclusivement automatisées en y exigeant une

---

<sup>1521</sup> TGI de Paris, ordonnance de référé du 13 juin 2017, RG 17/51830.

<sup>1522</sup> A titre d'exemple, voir CE, 19 mai 2017, n° 396698, *Supra*.

<sup>1523</sup> TGI de Paris, jugement du 24 septembre 2019, RG 17/06224.

<sup>1524</sup> TA de Paris, 10 mars 2016, M. X, n° 1508951.

<sup>1525</sup> *Supra.*, n° 473.

<sup>1526</sup> Voir en ce sens, MEKHANTAR J., « Le citoyen, la machine à voter et le juge », *op. cit.*, p. 125 à 146, *Supra.*, n° 570 et s.

transparence absolue, dans l'esprit de la loi, ou à défaut leur exclusion<sup>1527</sup>. Et encore plus récemment avec la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du droit d'accès aux documents administratifs dans une affaire relative aux algorithmes publics<sup>1528</sup>.

770. Toutefois, malgré la forte immixtion des algorithmes dans tous les domaines de la société, le contentieux nous semble anormalement faible. Cette situation émane sans doute d'un problème de nature probatoire. En effet, en dehors de quelques rares affaires médiatisées, ou mises en évidence par des contrôles, les justiciables sont dans l'incapacité de prouver quoi que ce soit, voire ignorent l'étendue des violations de leurs droits. Cet effet est inhérent à l'opacité de ces systèmes, ce qui est d'autant plus regrettable car sans la transparence de ces derniers, les juridictions sont affectées dans leur fonction de juger.

771. La faible spécialisation des juridictions pour la matière numérique handicape nécessairement leur action. Si l'on peut ajouter que de nombreuses AAI<sup>1529</sup> bénéficient non pas d'un rôle juridictionnel, mais contentieux<sup>1530</sup>, néanmoins « réguler n'est pas juger »<sup>1531</sup>. A titre d'exemple, le pouvoir de sanction des AAI, comme celui de la CNIL depuis 2004, vise également à faire respecter le principe de transparence des traitements algorithmiques<sup>1532</sup>. D'autres services qui ne disposent pas d'une fonction contentieuse participent également à la bonne application de ce principe<sup>1533</sup>.

772. Au-delà des sanctions des AAI dans ce domaine, force est de constater que les juridictions jouent déjà un rôle notable et sont d'ailleurs parfois éclairées par la CNIL dans ce domaine par exemple. La LIL<sup>1534</sup> permet en effet aux juridictions de solliciter la CNIL pour des demandes d'avis. Il est à noter qu'en matière pénale elle doit saisir le procureur de la République dès lors que sont portés à sa connaissance des faits criminels ou délictueux, et ce conformément à l'article 40 du CPP<sup>1535</sup>. S'ajoute à cela la possibilité de « présenter des observations dans les procédures pénales »<sup>1536</sup>, mais également devant toute autre juridiction si le contentieux est

---

<sup>1527</sup> CC, décision n° 2018-765 DC, 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, § 71.

<sup>1528</sup> CC, décision n° 2020-834 QPC, 3 avril 2020, § 8.

<sup>1529</sup> *Supra.*, n° 703 et s.

<sup>1530</sup> PERROUD T., *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*

<sup>1531</sup> QUILICHINI P., « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, p. 1060.

<sup>1532</sup> A titre d'exemple, pour la CNIL, voir Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC. Cette délibération a par ailleurs été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 19 juin 2020, n° 430810. Pour l'AMF, voir par exemple, AMF, déc., du 4 décembre 2015. De plus, selon le Conseil d'Etat, l'enquête de l'AMF au sujet de l'analyse du flux de ces algorithmes a été correctement étayée pour caractériser la manipulation du marché, CE, 19 mai 2017, n° 396698.

<sup>1533</sup> *Supra.*, n° 703 et s.

<sup>1534</sup> Art. 8 e) LIL modifiée.

<sup>1535</sup> Art. 8 f) LIL modifiée.

<sup>1536</sup> *Ibid.*

relatif à la protection des données à caractère personnel<sup>1537</sup>. Ainsi, « *La juridiction d'instruction ou de jugement peut appeler le président de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ou son représentant à déposer ses observations ou à les développer oralement à l'audience* »<sup>1538</sup>.

773. Bien que les juridictions et les AAI ne remplissent pas initialement le même rôle<sup>1539</sup>, l'avantage des régulateurs était leur agilité du fait de leur spécialisation et de l'allègement des procédures, en vue notamment d'aboutir à une meilleure fluidité du marché. Mais en plus de poser question vis-à-vis de la traditionnelle séparation des pouvoirs, cette modalité de régulation économique semble également souffrir d'un manque de moyens matériels et humains. De plus, d'un point de vue réaliste, il est possible d'affirmer, sur le fondement de la conception fonctionnelle de la notion de juridiction, notamment utilisée par le juge de Strasbourg<sup>1540</sup>, que de nombreuses AAI ne bénéficient pas seulement d'un rôle contentieux mais également juridictionnel<sup>1541</sup>. Puisqu'il existe une convergence en matière procédurale entre les AAI et les juridictions traditionnellement établies, il convient selon nous de considérer que la justice se doit avant tout d'être rendue de manière impartiale et indépendante. Dès lors, cette requalification, qui vise légitimement à rendre effectives les garanties procédurales, fait nécessairement converger les autorités de régulation avec les juridictions traditionnelles, alors que le principal argument de l'existence de ces organes était de réguler rapidement pour plus de fluidité, ce que la justice n'était pas capable de correctement effectuer du fait de sa présumée lenteur. Mais cette lenteur alléguée, que nous contestons par ailleurs, n'est-elle pas plus la conséquence d'une faible spécialisation des traditionnelles juridictions, ainsi qu'une faiblesse des moyens alloués pour remplir correctement la mission de dire le droit ? Sans compter que l'étanchéité entre les sections d'enquête et contentieuse est parfois discutable, alors qu'elle est censée assurer l'impartialité et l'indépendance dudit organe. Il est à noter que nous ne devrions pas nous habituer à tout système amené à centraliser plusieurs fonctions de l'Etat<sup>1542</sup>.

---

<sup>1537</sup> Art. 8 5.

<sup>1538</sup> Art. 41 LIL modifiée.

<sup>1539</sup> OCHOA N., *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Thèse de doctorat, présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2014 à l'Université Paris I -Panthéon -Sorbonne, p. 238.

<sup>1540</sup> Voir en ce sens, art. 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable.

<sup>1541</sup> MILANO L., « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119.

<sup>1542</sup> A ce titre, certaines instances, dont la CNIL, sont amenées à sanctionner les interprétations des textes qu'elles font au titre de leur pouvoir réglementaire. Bien que d'un point de vue organique ce travail n'est pas effectué par les mêmes sections, laissant apparaître une certaine étanchéité, l'institution demeure petite et des pratiques sont susceptibles de nuire à cette séparation théorique comme cela est le cas avec le Conseil d'Etat.

774. De plus, si nous prenons l'exemple de la CNIL, elle s'inscrit davantage dans une tradition pédagogique que dans celle du répressif<sup>1543</sup> puisque sur l'année 2019, elle n'a infligé que 8 sanctions<sup>1544</sup>. Cette situation, qui n'est pas propre à la France, explique sans doute pourquoi certains justiciables préfèrent se tourner vers les tribunaux pour faire respecter les dispositions relatives au RGPD, et donc à la transparence, plutôt que de recourir à un régulateur<sup>1545</sup>.

### **B - Concourir autrement à une meilleure transparence des traitements algorithmiques par la spécialisation juridictionnelle**

775. Il ne fait aucun doute que le pouvoir juridictionnel participe déjà à la construction d'un régime juridique en matière de transparence des traitements algorithmiques. Néanmoins, la complexification des technologies, dont leur transparence est par ailleurs parfois incertaine du point de vue technique, rend l'effectivité des droits humains difficile. Et même au-delà de la transparence, tous les usages du numérique ne sont pas juridiquement acceptables<sup>1546</sup>. En d'autres termes, comment convient-il d'adapter la justice à ce nouvel enjeu ?

776. L'enjeu de la transparence des systèmes d'information est double puisqu'il permet à la justice de venir appliquer le régime juridique du principe de transparence des traitements algorithmiques protégé par la Constitution et précisé par le législateur, voire en l'absence d'une telle intervention, participer à l'élaboration de ce cadre juridique lorsqu'il juge les cas d'espèce. La neutralité du droit par rapport à la technologie, c'est-à-dire ce que nous appelons le processus visant à développer des concepts juridiques sans nécessiter le recours à une technologie particulière pour y parvenir, est une qualité essentielle du législateur. C'est notamment de cette manière que la LIL a su s'adapter à travers les différents âges de l'informatique, et est applicable à l'algorithme le plus simple, jusqu'aux techniques les plus sophistiquées en matière d'IA. Toutefois, cette neutralité de la norme juridique implique nécessairement un rôle du juge en matière de transparence afin de s'assurer que, quel que soit la technologie, elle soit conforme à la réglementation.

---

<sup>1543</sup> OCHOA N., « *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale* », *op. cit.*, p. 240.

<sup>1544</sup> CNIL, *Rapport d'activité 2019 de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, juin 2020, p. 4.

<sup>1545</sup> MANANCOURT V., *Have a GDPR complaint ? Skip the regulator and take it to court*, *op. cit.*

<sup>1546</sup> LEQUESNE ROTH C., « De l'éthique et des algorithmes : pour une juridicisation des enjeux », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1833.

777. Mais pour ce faire, nous ne sommes pas favorables au rôle croissant des AAI dans ce domaine pour les raisons explicitées<sup>1547</sup>. D'une certaine manière, la justice est concurrencée dans son rôle juridictionnel par une pluralité d'autorités de régulation disposant d'un pouvoir de sanction. Dans le cadre de la régulation du numérique, et donc notamment de la conformité aux règles de transparence des traitements de données à caractère personnel, la CNIL ne bénéficiait initialement pas, par exemple de ce pouvoir répressif apparu seulement en 2004<sup>1548</sup> lors de la transposition de la directive 95/46/CE<sup>1549</sup>. Pouvoir qui a d'ailleurs été renforcé avec l'adoption du RGPD, y compris quant aux montants de ces sanctions<sup>1550</sup>. Pourtant, lors des discussions relatives à l'instauration d'une AAI pour connaître certains enjeux relatifs à l'informatique, il était précisé que le Comité devant être créé ne serait pas une juridiction, ne serait-ce que parce que « *s'il en était une, il retirerait sans motif décisif une partie de leur compétence aux juridictions judiciaires et administratives et il en résulterait, outre des inconvénients psychologiques, des conflits de compétences et des délais dans des domaines où il faut au contraire agir vite* »<sup>1551</sup>. Paradoxalement, comme nous l'avons vu, les AAI se juridictionnalisent, y compris dans ce domaine<sup>1552</sup>. Favoriser des organes de régulation au prétexte que les organes traditionnels seraient incapables de s'adapter à l'émergence de nouveaux faits juridiques n'est rien d'autre qu'une démission politique et démocratique.

778. La spécialisation des juridictions pour appréhender le phénomène du numérique n'est pas une idée nouvelle puisqu'il s'agissait déjà d'une volonté initiale. Les premiers projets de loi<sup>1553</sup> tendant à la création d'un comité de surveillance de l'informatique proposaient également le recueil de plaintes et leur traitement non pas par ladite autorité, mais par une juridiction spécialisée, et le plus souvent par une section dédiée du Conseil d'Etat appelée Tribunal de l'informatique. Par ailleurs, force est de constater que nous assistons depuis quelques années à la multiplication des tentatives de spécialisation de la justice. En matière pénale, des parquets ont été créés, comme le parquet national financier<sup>1554</sup>, et plus récemment un tribunal judiciaire spécialisé dans la répréhension des contenus haineux tenus sur les réseaux sociaux<sup>1555</sup>. Cette

---

<sup>1547</sup> *Supra.*, n° 773 et s.

<sup>1548</sup> Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>1549</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

<sup>1550</sup> *Supra.*, n° 201 et s.

<sup>1551</sup> COMMISSION INFORMATIQUE ET LIBERTES, Rapport, *La Documentation française*, 1975, p. 73.

<sup>1552</sup> *Supra.*, n° 766 et s.

<sup>1553</sup> *Supra.*, n° 696 et s.

<sup>1554</sup> Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

<sup>1555</sup> Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (1), art. 10 ; et création d'un pôle national de lutte contre la haine en ligne au tribunal judiciaire de Paris, circulaire du ministre de la Justice en date du 24

tendance est également observable en matière de droit de l'environnement avec l'instauration de juridictions spécialisées<sup>1556</sup>. Ces tentatives, s'il est encore trop tôt pour savoir si elles seront des réussites, visent notamment à répondre à l'inflation de normes sectorielles, mais également à l'émergence de nouveaux faits juridiques ou au rejet de leur acceptation. Et nous ne pouvons pas nier que le numérique, auquel la question de la transparence est rattachée pour une meilleure effectivité des droits et libertés, mérite réflexion.

779. Il n'est pas certain que la création d'une juridiction spécialisée ait aujourd'hui un sens car le numérique fait son immixtion dans tous les secteurs, mais il semble a minima opportun que chaque juridiction soit dotée d'une chambre spécialisée dans la question du numérique. Cela se justifie par le fait que les juges soient spécialement formés sur ces sujets. Ces chambres seraient suppléées d'un point de vue technique par l'expertise de notre autorité de contrôle unique nouvellement créée<sup>1557</sup>, et qui aurait pour objectif de cartographier les architectures et leurs incidences sur les libertés. Ainsi, les juges auront la capacité d'effectuer un contrôle a posteriori de ces algorithmes afin de s'assurer qu'ils sont conformes au droit.

780. Les interprètes doivent veiller à assurer l'équilibre entre les droits et libertés en permanence, notamment en n'hésitant pas à opérer une conciliation différente du terrain classique, car propre à la sphère numérique, pour parvenir à l'objectif préalablement fixé. Et c'est d'autant plus le cas lorsque les technologies déployées n'ont pas été créées pour ledit usage. A titre d'exemple, concernant spécifiquement la question de l'application des lois, ce qui revient au pouvoir réglementaire en vertu de l'article 21 de la Constitution, le juge sera mieux armé pour contrôler le bon respect des principes fixés par le Parlement, par les choix techniques opérés par le gouvernement comme l'a déjà jugé le Conseil constitutionnel. Il a en effet considéré que concernant le déploiement d'algorithmes utilisés dans le cadre de l'action administrative : « *Il appartiendra notamment, à ce titre, au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge, de veiller à ce que les algorithmes utilisés par ces traitements ne permettent de collecter, d'exploiter et de conserver que les données strictement nécessaires à ces finalités* »<sup>1558</sup>. Les juges pourraient également donner mandat à cette autorité afin qu'ils suivent sur une période déterminée l'évolution du traitement, et ce afin de s'assurer que des mises à jour logicielles ne remettraient pas en cause les constatations opérées lors du procès. Pour ce

---

novembre 2020, *Legifrance.gouv.fr* [en ligne]. [Consulté le 15 décembre 2020]. Disponible à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45086>

<sup>1556</sup> Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

<sup>1557</sup> *Supra.*, n° 717 et s.

<sup>1558</sup> CC, décision n° 2019-796 DC, 27 décembre 2019, loi de finances pour 2020, § 92.

faire, il est nécessaire de contrôler avec précision les architectures sélectionnées et leur mise en œuvre, ce qui relève du pouvoir réglementaire. Cela nécessite donc une formation ainsi qu'une importante réactivité.

781. Il est nécessaire de ne pas dissocier l'algorithme de la norme, ne serait-ce que parce qu'il est le plus souvent l'une des interprétations de celle-ci. Comme nous l'avons évoqué, soit des programmes ont été spécialement développés pour opérer certaines conciliations entre les droits et libertés, soit ils ont été déployés alors qu'ils étaient pensés pour des usages différents, auquel cas il conviendra de faire cesser ce type de logiciel pour une finalité particulière. Les programmeurs ne doivent pas être les véritables interprètes des normes, car bien qu'ils codent le droit, les juges doivent avoir la capacité d'effectuer des contrôles de légalité, voire de constitutionnalité des logiciels affectant les droits et libertés fondamentales. Les algorithmes sont un des supports possibles de la norme et il convient de le prendre en considération, raison pour laquelle, sans transparence, ce contrôle ne peut être effectué. Il importe d'appréhender ces algorithmes pour ce qu'ils sont parfois, c'est-à-dire des interprétations du droit nécessitant qu'ils soient conformes à la norme qui leur est supérieure. A titre d'exemple, de nombreux organismes précisent que les algorithmes qu'ils utilisent « *sont la traduction de la réglementation en vigueur* »<sup>1559</sup>.

782. Enfin, concernant l'enjeu probatoire inhérent au numérique, puisque les violations du droit y sont difficilement observables par nature, les justiciables doivent pouvoir sur simple faisceau d'indices saisir la division « expertise » de l'autorité technique que nous préconisons afin qu'elle se prononce sur ces doutes, et le cas échéant décide de transmettre la plainte à la juridiction compétente. Bien évidemment, cette faculté s'effectuerait dans les règles de l'impartialité et de l'indépendance des expertises judiciaires, conformément au droit à un procès équitable<sup>1560</sup>. Naturellement, les recours collectifs, comme cela se fait désormais en matière de données à caractère personnel<sup>1561</sup>, doivent être élargis à tout traitement remettant en cause les droits et libertés, ou ayant des incidences sur la société pour prendre en compte la dimension collective des algorithmes. En effet, les logiciels ont parfois des effets systémiques sur le droit et les personnes, et il est nécessaire de les comprendre avec le plus d'agrégation de données possibles, ce que permet le recoupement d'informations dans la constitution des dossiers.

---

<sup>1559</sup> En ce sens, voir POLE EMPLOI, Algorithmes. Tout savoir sur les algorithmes publiés par Pôle emploi, *op. cit.*

<sup>1560</sup> Art. 6 § 1, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentale.

<sup>1561</sup> Art. 37, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

783. L'articulation entre la division « expertise » et les juridictions spécialisées a une importance significative, puisque la transparence joue un rôle dans le contentieux de la responsabilité, du moins lorsque les technologies sont intelligibles. Elle permet en effet d'identifier la responsabilité des acteurs ayant utilisés les algorithmes, alors que la tentation est aujourd'hui de créer des fonds d'indemnisation qui déresponsabiliseraient ces derniers comme cela est le cas en robotique<sup>1562</sup>, et donc leur ôteraient toute pression sur leurs agissements et choix algorithmiques, bien que tous les problèmes de traitement ne résultent pas toujours de l'intention. Les magistrats spécialisés seraient les plus à même de saisir les traitements pour savoir quel est le régime juridique qui leur est applicable<sup>1563</sup>. Le juge pourrait le cas échéant mettre un terme au traitement si l'inadéquation est constatée par notre autorité de contrôle unique à compétence générale. Face au risque systémique de certains algorithmes, surtout lorsque ces derniers sont inexplicables ou qu'ils ont une incidence sur de nombreuses situations individuelles, le pouvoir juridictionnel doit avoir la capacité de mettre fin à de tels traitements pour faire cesser ce risque collectif.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

784. Le principe de transparence des traitements algorithmiques, nécessaire à l'observation des faits juridiques induits par l'informatique, ne peut s'exercer et être effectif que par l'intermédiaire d'institutions spécialisées. La multiplication des AAI ou l'élargissement de leurs compétences à la matière numérique sur la question de l'observation des algorithmes aboutit à un éclatement de la puissance publique dans la compréhension de ce phénomène. Au lieu de proposer une instance suprême dans ce domaine, qui bénéficierait à la fois d'un pouvoir de contrôle, réglementaire et de sanction, il nous a semblé plus opportun d'être davantage respectueux de la traditionnelle séparation des pouvoirs. Pour ce faire, sans modifier le tissu actuel des AAI déjà présentes, et dont l'approche sectorielle est intéressante, une autorité dédiée à la surveillance des traitements algorithmiques publics et privés fait sens. Toutefois, pour donner corps à l'exercice de cette transparence, une réforme institutionnelle ambitieuse impliquant la création d'une chambre législative, dont le rôle serait de préciser la nature et le

---

<sup>1562</sup> Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103(INL), § 59. Voir également, NEVEJANS N., *Traité de droit et d'éthique de la robotique civile*, LEH édition, 2017, 1232 p.

<sup>1563</sup> Les *lootbox* sont-elles des jeux de hasards ? Les *lootbox* sont « un terme qui désigne des pochettes surprises à contenu virtuel aléatoire et obtenues dans des jeux vidéo ». En fonction des jeux vidéo, le régime juridique applicable n'est pas le même. Tout dépend du fonctionnement des algorithmes. Voir en ce sens, réponse du Secrétariat d'État, auprès du Premier ministre, chargé du numérique publiée dans le JO Sénat du 08/02/2018, Microtransaction, loot boxes et jeu vidéo, p. 558.

degré de cette dernière par secteur, voire l'exclusion de la technologie lorsqu'elle ne respecte pas les droits et libertés, est indispensable. Bien que cette création ne suffise pas à évincer les risques de l'illibéralisme<sup>1564</sup> au sein de la sphère numérique, elle serait justifiée par un renforcement de la balance des pouvoirs au sein du pouvoir législatif, ce qui constituerait un contre-pouvoir de nature aussi bien démocratique que technique. Enfin, la spécialisation de la justice est un enjeu de taille, car il s'agit du corps constitué dont la mission est d'assurer avec plus d'efficacité l'effectivité de la transparence permettant ensuite d'appliquer les régimes juridiques adéquats aux faits.

---

<sup>1564</sup> JAUME L., « « Démocratie illibérale » : une nouvelle notion ? », *op. cit.*

## CONCLUSION DU TITRE I

785. Une clarification d'ordre constitutionnel est impérative afin d'éviter un conflit de normes empêchant la transparence des traitements algorithmiques, surtout vis-à-vis des libertés économiques, principales entraves à l'épanouissement de la démocratie dans un monde toujours plus numérique. Même s'il n'est pas question d'assurer la transparence de tous les algorithmes, c'est au législateur qu'il reviendrait de mettre en œuvre un principe général de transparence de ces outils numériques. Néanmoins, le fonctionnement actuel des institutions connaît un certain nombre de limites à cet égard.

786. Ainsi, nous nous prononçons en faveur d'une nouvelle chambre législative dédiée aux enjeux du numérique. Des juridictions spécialisées seraient également un atout certain afin de participer à cette transparence dans le but de se saisir de l'application des règles de droit au sein de l'environnement numérique. Une autorité de contrôle unique bénéficiant du monopole au sujet de l'étude de ces outils est par ailleurs indispensable à l'effectivité des droits et libertés, mais aussi à un meilleur conseil des pouvoirs constitués sur les incidences des algorithmes sur les personnes et la société.

787. La réponse institutionnelle n'est toutefois qu'un des éléments participant à la levée de l'opacité de ces traitements. Ainsi, la société civile concourt également à ce principe, et il convient de développer un écosystème juridique favorable à cette quête.