

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

"La troisième voie", une voie difficile

Poullet, Yves

Published in:

Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Poullet, Y 2021, "La troisième voie", une voie difficile: quelques réflexions autour de la politique européenne en matière d'intelligence artificielle', *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, numéro 182, pp. 33-47.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

« La troisième voie », une voie difficile

Quelques réflexions autour de la politique européenne en matière d'intelligence artificielle

Après avoir situé et caractérisé ce que l'Union européenne entend par la 'troisième voie' suivie par elle en matière d'intelligence artificielle, Yves Poulet analyse comment l'Europe envisage le rôle de la législation à la fois dans la promotion et la régulation des systèmes d'intelligence artificielle avant de conclure sur le pari européen.



Par Yves POULET

Professeur émérite à la Faculté de droit de Namur et co-président du Namur Digital Institute (NADI)
Professeur associé à l'UCLille
Membre de l'Académie royale de Belgique

→ RLDI 5994

1. Introduction - L'objectif de la présente contribution tente, dans un premier temps, de situer ce que l'Union européenne entend par la 'troisième voie' suivie par elle en matière d'intelligence artificielle (en abrégé dans la suite du texte : IA). Ce premier temps exigera tout d'abord un détour par une courte description de la politique de la donnée, considérée comme le nouvel 'or noir' (« new oil ») de l'économie et dont le partage est la condition même de cette politique européenne de développement de l'IA. Nous examinerons ensuite comment, au fur et à travers des textes consacrés totalement ou incidemment à l'IA, l'Union européenne définit les conditions de l'excellence et de la confiance qui caractérisent cette troisième voie européenne. Dans un second temps, nous nous interrogerons sur les caractéristiques du cadre réglementaire cohérent que l'Union promeut à travers des textes récents et multiples. En d'autres termes, de quelle manière, l'Europe envisage-t-elle le rôle de la législation à la fois dans la promotion et la régulation des systèmes d'intelligence artificielle, avant de conclure sur le pari européen.

1. LA « TROISIÈME VOIE » OU LA POLITIQUE EUROPÉENNE DE LA DONNÉE ET DE L'IA

2. La « troisième voie » - entre les « modèles » Chinois et américain - Sans doute, cette troisième voie était-elle préparée par la précédente Commission européenne⁽¹⁾ et le Parlement d'alors⁽²⁾

mais elle est désormais clairement affirmée par la nouvelle Commission⁽³⁾ et sa présidente. L'option européenne constitue une stratégie explicitement énoncée et progressivement mise en œuvre à travers des textes qui se suivent à un rythme accéléré⁽⁴⁾. Elle peut se résumer comme suit⁽⁵⁾ : « *The global leadership of Europe in adopting the latest technologies, seizing the benefits and promoting the development of human-centric, sustainable, secure, inclusive and trustworthy artificial intelligence (AI) depends on the ability of the European Union (EU) to accelerate, act and align AI policy priorities and investments. This is the key message and a vision of this 2021 review of the Coordinated Plan.* » Il s'agit bien d'une troisième voie dans la mesure où l'Union européenne entend mener une politique de développement de l'IA fondée sur des principes différents de ceux qui fondent, d'une part, la politique américaine

(3) Le livre Blanc (*White paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust*, [COM(2020) 65 final] 8), de février 2020 exprime cette stratégie.

(4) COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, A European strategy for data, COM/2020/66 final: « *The European data strategy aims to make the EU a leader in a data-driven society. Creating a single market for data will allow it to flow freely within the EU and cross sectors for the benefit of businesses, researchers and public administrations. People, businesses and organisations should be empowered to make better decisions based on insights from non-personal data, which should be available to all.* »

(5) ANNEXES to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 205 final ANNEX, p. 3. https://www.nscai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Final_Report_Executive_Summary.pdf

(1) Voir notamment le texte « *Coordinated Plan on the Development and Use of Artificial Intelligence Made in Europe* de décembre 2018 (coopération entre pays membres sur 4 points : augmentation investissements, formation, création de gisements de données et confiance)

(2) Cf. en particulier la Résolution du 12 février 2019 sur une politique industrielle globale sur l'intelligence artificielle et la robotique (dite résolution Ashley Fox)

que, sans doute à tort, on résumera par un 'tout au marché' et, plus justement, par la volonté de maintenir et de développer le leadership américain⁽⁶⁾ et, d'autre part, la politique chinoise, marquée – mais sans doute sommes-nous proches de la caricature – par un interventionnisme de l'Etat et une IA au service de l'économie, de la gouvernance sociale par l'Etat et de la sécurité de ce dernier (voir en particulier et de manière emblématique, les applications sécuritaires de reconnaissance faciale)⁽⁷⁾.

En appelant à la mise en place d'un marché unique européen de l'IA⁽⁸⁾, notamment grâce au principe de reconnaissance mutuelle qui autorise l'utilisation transfrontière des produits intelligents, l'Europe entend éliminer les obstacles intra-européens au déploiement de l'IA. Au-delà, l'ambition clairement affirmée est de permettre à l'Union européenne « **de rivaliser avec les investissements de masse effectués par les tiers, notamment les Etats-Unis et la Chine** »⁽⁹⁾. On citera quelques éléments de

cette politique économique ambitieuse en faveur du développement des applications de l'IA et de leur utilisation. L'annexe à la Communication : « *Fostering a European Approach to Artificial Intelligence* », qui contient la mise à jour du plan coordonné de 2018 a été récemment publiée par la Commission européenne le 21 avril 2021⁽¹⁰⁾. Le plan 2021 note l'objectif de l'Union européenne d'atteindre progressivement un investissement public et privé de 20 milliards par an au cours de la décade 2020-2030 et plaide énergiquement pour une meilleure synergie des instruments de financement au niveau national et européen entre des fonds de pure recherche et des fonds de coopération entre l'industrie et la recherche. Le plan prône la coopération européenne en matière de recherche et annonce la mise à disposition d'une plateforme pour le développement de tests et d'expérimentation, en particulier à destination des petites et moyennes entreprises, de même que des autorités publiques ; il entend promouvoir la vision européenne d'une intelligence artificielle digne de confiance et soutenable à travers le monde et analyse comment développer les applications IA dans les secteurs de l'environnement, de la santé, du secteur public, de la justice, de la mobilité et de l'agriculture. Enfin, le document conclut : « *The revised plan therefore provides a valuable opportunity to strengthen competitiveness, the capacity for innovation and the responsible use of AI in the EU. The fast development and uptake of innovative AI in the EU can contribute to solving key societal challenges and accelerate the digital and green transitions at a time when the global AI landscape is evolving fast.* »

A. Vers un marché de la donnée, condition de la création de 'big data'

3. Le marché des données : la libre circulation des données à caractère non personnel - Un premier axe de la politique européenne en faveur de l'IA est de souligner la valeur économique de la donnée. La reconnaissance de la donnée comme un 'new oil'⁽¹¹⁾ commande en effet une politique de libre circulation des données. En

(6) A noter, que l'Executive Order 13859 on Maintaining Leadership in Artificial Intelligence, 11 février 2019 (décret présidentiel) adopté par le Président Trump qui marque le lancement de l'American AI Initiative, la nouvelle stratégie américaine en matière d'intelligence artificielle, donne comme objectif premier à cette dernière le maintien du leadership scientifique, technologique, et économique américain en matière de recherche et développement dans le domaine de l'IA. Ce leadership passe cependant par une politique de formation des personnes et la promotion de la confiance du public par notamment la protection des libertés civiles, la vie privée et les valeurs américaines. Le récent rapport du National Select Committee on AI publié le 1^{er} mars 2021 et soumis au Président des Etats-Unis et au Congrès pour adoption maintient la même position : " *The NSCAI Final Report presents an integrated national strategy to reorganize the government, reorient the nation, and rally our closest allies and partners to defend and compete in the coming era of AI-accelerated competition and conflict. It is a two-pronged approach. Part I, "Defending America in the AI Era," outlines the stakes, explains what the United States must do to defend against the spectrum of AI-related threats, and recommends how the U.S. government can responsibly use AI technologies to protect the American people and our interests. Part II, "Winning the Technology Competition," addresses the critical elements of the AI competition and recommends actions the government must take to promote AI innovation to improve national competitiveness and protect critical U.S. advantages.* " (https://www.nsc.ai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Final_Report_Executive_Summary.pdf ;)

(7) Sur la stratégie chinoise en matière d'intelligence artificielle Jeffrey Ding, *Deciphering China's AI dream*. Centre for Governance of AI, Future of Humanity Institute, University of Oxford, Oxford, accessible à l'adresse suivante : https://www.fhi.ox.ac.uk/wp-content/uploads/Deciphering_Chinas_AI-Dream.pdf. Elsa B Kania, *China's embrace of AI: Enthusiasm and challenges*, European Council on Foreign Relations (Nov. 6, 2018), https://ecfr.eu/article/commentary_chinas_embrace_of_ai_enthusiasm_and_challenges/.

(8) C'était le thème essentiel du Plan coordonné sur l'IA de 2018. Travailler ensemble au niveau européen pour relever le défi global de la concurrence internationale. Ce plan réclamait notamment à chaque Etat-membre un plan stratégique en matière d'IA dans le cadre de cette coordination. (Sur cette coordination européenne, lire la "Declaration of Cooperation on Artificial Intelligence", signée par tous les Etats membres et la Norvège, le 10 avril 2018" (Le texte de la déclaration est accessible sur le site : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/events/digital-day-2018>)

(9) Une faiblesse cependant souvent dénoncée est le niveau des investissements européens. A cet égard, les chiffres cités par le rapport

du JRC (Craglia, M. (éd.), *Artificial Intelligence – A European perspective* (2018), Publications Office of the European Union, <https://doi.org/10.2760/11251>) : « ... Etats-Unis, les investissements des GAFAM (secteur privé) et des autorités publiques, de la DARPA (direction de la recherche du ministère de la Défense américain : 7,5 milliards de dollars en 2020) ; Chine, pour un volume de plus de 20 milliards ; Europe (2,5 milliards d'euros pour 2018-2020), suite à la déclaration commune des Etats membres, en avril 2018 relative à leur coopération en matière d'intelligence artificielle. A noter les chiffres repris dans le Livre blanc sur l'intelligence artificielle (op. cit., p. 4) : « Toutefois, le montant des investissements consacrés à la recherche et à l'innovation en Europe reste bien inférieur aux investissements publics et privés alloués à ce domaine dans d'autres régions du monde. Quelques 3,2 milliards d'euros ont été investis dans l'IA en Europe en 2016, contre environ 12,1 milliards d'euros en Amérique du Nord et 6,5 milliards d'euros en Asie »

(10) Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Fostering a European approach to Artificial Intelligence*, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 205 final, ANNEX, p. 3.

(11) Cf. le très intéressant document de l'EPRS : *Is data the new oil ? Competition issues in the digital economy*, PE 646.117 – Ja-

ce qui concerne le premier point, le Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 complète le cadre applicable au libre flux des données dans l'Union européenne⁽¹²⁾ et institue un cinquième principe de libre circulation, celui portant sur les données, qu'elles soient personnelles⁽¹³⁾ ou non personnelles. Son objectif principal tient à la stimulation du marché intérieur numérique et à la volonté d'exploiter plus efficacement les potentiels des techniques numériques en réduisant les possibilités pour les États membres d'instaurer ou maintenir des obligations liées à la localisation des données, ainsi qu'en mettant en œuvre un principe d'accès et de portage des données. « Afin d'établir un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union et les bases pour développer l'économie des données et renforcer la compétitivité des entreprises de l'Union, il convient d'instaurer un cadre juridique clair, complet et prévisible concernant le traitement des données autres que personnelles dans le marché intérieur. Grâce à une approche fondée sur des principes, prévoyant une coopération entre les États membres ainsi qu'une autorégulation, le cadre devrait être assez souple pour permettre de prendre en compte l'évolution des besoins des utilisateurs, des fournisseurs de services et des autorités nationales dans l'Union. ». Le texte de 2018 prône en particulier la disponibilité des données et le portage des données pour les utilisateurs professionnels. Pour ce faire, le texte appuie l'élaboration de codes de conduite par autorégulation⁽¹⁴⁾.

4. Le partage des données - une préoccupation essentielle de l'Europe - Par ailleurs, le partage de données⁽¹⁵⁾ constitue un pré-requis absolu pour la création de mégadonnées (ou *Big data*) proprement européennes, condition d'une émergence d'applications IA utilisant des méthodes de 'machine learning'. Cette politique d'encouragement au partage des données au sein et au-delà des

secteurs⁽¹⁶⁾ y compris entre le public et le privé s'explique certes par l'absence dans l'Union européenne de champions du *big data* que sont les plateformes privées américaines (les GAFAM) et chinoises (les BATX) et donc la nécessité de constituer ces *big data* européennes à partir des lieux de collecte privés ou publics, en créant des mécanismes vertueux de solidarité. « L'Europe vise à tirer parti des avantages d'une meilleure utilisation des données, notamment une productivité accrue et des marchés plus concurrentiels, ainsi que des améliorations dans les domaines de la santé et du bien-être, de l'environnement, une gouvernance transparente et des services publics efficaces. Les mesures énoncées dans le présent document contribuent à l'établissement d'une approche globale de l'économie fondée sur les données qui vise à accroître l'utilisation et la demande de données et de produits et services fondés sur les données dans l'ensemble du marché unique. ».

Cette politique, y compris la possibilité qu'elle facilite le développement d'applications d'IA, se justifie en outre par son importance tant pour l'économie que pour la société. En ce qui concerne l'intérêt pour le citoyen, la Communication de la Commission européenne relative à la stratégie européenne pour les données⁽¹⁷⁾ le décrit comme suit « Les données refaçonnent nos modes de production, de consommation et de vie. Les effets bénéfiques de cette évolution se feront sentir dans tous les aspects de nos vies, depuis une consommation d'énergie plus maîtrisée et la traçabilité des matériaux et des aliments, jusqu'à des modes de vie plus sains et de meilleurs soins de santé. ». Le même document poursuit en ce qui concerne l'économie : « Les données sont vitales pour le développement économique : elles constituent la base de nombreux produits et services nouveaux à l'origine de gains de productivité et d'efficacité dans l'utilisation des ressources dans tous les secteurs de l'économie, permettant de proposer des produits et des services plus personnalisés, d'améliorer l'élaboration des politiques et de moderniser les services publics. Elles représentent une ressource essentielle pour les start-ups et les petites et moyennes entreprises (PME) aux fins du développement de produits et de services. La disponibilité de données est essentielle pour la formation de systèmes d'intelligence artificielle, avec des produits et services évoluant rapidement au-delà de la reconnaissance des caractéristiques et de la production de connaissances vers des techniques de prédiction plus sophistiquées et, partant, des décisions plus judicieuses. »

5. Les initiatives européennes - Dans le cadre de cette politique de partage intensifié de données, la Commission a pris diverses initiatives. Alors que l'utilisation du cloud par nos entreprises reste à la traîne, le lancement d'un cloud européen, garantissant aux utilisateurs la non surveillance de masse par les autorités policières ou de renseignement, est à noter, La proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données (*Data Governance Act*)

nuary 2020V [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI\(2020\)646117_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf).

(12) Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, PE/53/2018/REV/1, JOUE, L 303, 28.11.2018, p. 59-68

(13) Il est fait ici référence au RGPD, qui dans un cadre réglementaire protecteur de nos libertés assure la libre circulation des données à caractère personnel

(14) Cf. article 6 du Règlement: "La Commission encourage et facilite l'élaboration de codes de conduite par autorégulation au niveau de l'Union (ci-après dénommés « codes de conduite »), afin de contribuer à une économie des données compétitive, fondée sur les principes de transparence et d'interopérabilité et tenant dûment compte des normes ouvertes, ... »

(15) A cet égard, les conclusions (pp. 6 et 7) sur ce point de l'annexe citée à la note 11 : « A widely debated method to address the competition concerns discussed above is to regulate the sharing of data, and even to make it mandatory in specified cases. As long as privacy and security are safeguarded, sharing data may indeed generate a broader social good. Pooling together the same type of, or complementary, data may enable firms to develop new or improved goods and services, and to base their algorithms on a broader, more meaningful basis. The relatively short history of the digital economy indicates that preventing data portability and inter-operability, which are essential prerequisites for data sharing, creates barriers to entry and limits competition. »

(16) Ainsi, la Commission encouragera la création de neufs espaces sectoriels communs de données (industrie manufacturière, environnement, mobilité, santé, finances, énergie, agriculture, administration publique, compétences) et intersectoriels.

(17) COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS, Une stratégie européenne pour les données, Bruxelles, le 19.2.2020, COM(2020) 66 final

présenté le 25 novembre 2020⁽¹⁸⁾ mérite en particulier notre attention. Comme le note l'exposé des motifs : « L'instrument vise à favoriser la disponibilité de données en vue de leur utilisation, en augmentant la confiance dans les intermédiaires de données et en renforçant les mécanismes de partage de données dans l'ensemble de l'UE ». Quatre objectifs sont visés : «

- la mise à disposition de données du secteur public en vue d'une réutilisation, lorsque de telles données sont soumises à des droits d'autrui (nous reviendrons sur ce point, *infra*, n°) ;
- le partage de données entre entreprises, contre rémunération sous quelque forme que ce soit ;
- permettre l'utilisation de données à caractère personnel avec l'aide d'un « intermédiaire de partage de données à caractère personnel », conçu pour aider les personnes physiques à exercer leurs droits au titre du règlement général sur la protection des données (RGPD) ;
- permettre l'utilisation de données pour des motifs altruistes. ».

6. Des prestataires de services de partage des données et des organisations altruistes de données - L'effectivité du règlement proposé reposera sur la création d'un nouveau métier d'intermédiation, contrôlé par des instances nationales : les services de partage des données. Ces prestataires de services de partage de données (les intermédiaires de données) devront jouer un rôle clé dans l'économie fondée sur les données, en tant qu'instruments facilitant l'agrégation et l'échange de quantités substantielles de données pertinentes⁽¹⁹⁾. Les intermédiaires de données qui proposent des services mettant en relation les différents acteurs, les uns fournisseurs de données, les autres preneurs de celles-ci, devraient contribuer à la mise en commun efficace des données ainsi qu'à la facilitation du partage bilatéral des données. En ce qui concerne le partage des données à caractère personnel, ils seront chargés de veiller au respect des dispositions du Règlement général de protection des données et assistent, le cas échéant, les personnes concernées à exercer leurs droits. Ces intermédiaires de données spécialisés seront indépendants et neutres à la fois par rapport aux détenteurs de données et aux utilisateurs de ces données et leur statut facilitera, on peut l'espérer, l'« émergence de nouveaux écosystèmes fondés sur les données qui soient indépendants de tout acteur jouissant d'une puissance significative sur le marché ».

Par ailleurs, dans le cadre du règlement proposé, les « organisations altruistes en matière de données reconnues dans l'Union » devraient, selon des exigences dont le respect sera vérifié par l'autorité nationale *ad hoc*, être en mesure de collecter des données pertinentes directement auprès de personnes physiques et morales ou de traiter les données collectées par d'autres et ce moyennant le consentement des personnes concernées. Par organisation altruiste, on entend des entités publiques ou privées servant des

fins d'intérêt général « comme les soins de santé, la lutte contre le changement climatique, l'amélioration de la mobilité, l'établissement plus aisé de statistiques officielles ou l'amélioration de la prestation de services publics. Le soutien à la recherche scientifique, et notamment au développement technologique et à la démonstration, à la recherche fondamentale, à la recherche appliquée et à la recherche financée par des fonds privés, devrait également être considéré comme une finalité d'intérêt général. ». L'objectif de ces dispositions reconnaissant l'altruisme des données est clairement de permettre à ces entités de disposer de données en nombre suffisant pour lancer des initiatives d'utilisation de l'IA⁽²⁰⁾.

7. Deux considérations critiques - Si on ne peut que louer les actions de la Commission destinées à faciliter la circulation de données, leur partage et ainsi favoriser le développement d'applications d'IA, deux points cependant nous apparaîtraient devoir être résolus. Le premier concerne la distinction entre les données à caractère non personnel et celles à caractère personnel soumises aux nombreuses balises réglementaires du RGPD, condition de leur libre circulation. Cette distinction est-elle toujours de mise, lorsqu'on sait que la puissance de certains systèmes d'IA est telle que des données, pourtant considérées comme rendues anonymes, peuvent être re-personnalisées⁽²¹⁾ et que la plupart des systèmes d'IA, en particulier de profilage, utilisent des données anonymes ? Par ailleurs, il est requis d'envisager également les données anonymes qui, dans bien des cas, peuvent également servir à la constitution du profil. Limiter les dispositions du RGPD aux seules données à caractère personnel représente dès lors un risque en matière de transparence pour la personne concernée. Ainsi, conformément aux articles 13, 14 et 15 du RGPD, limiter l'information et l'accès à la personne concernée aux seules données à caractère personnel intervenues dans la fabrication de son profil de candidat à l'emploi et exclure de cette information les données anonymes apparaîtrait comme une information incomplète voire biaisée⁽²²⁾.

(20) « Le présent règlement vise à contribuer à l'émergence de réserves de données mises à disposition selon le principe de l'altruisme en matière de données, qui soient d'une taille suffisante pour permettre l'analyse des données et l'apprentissage automatique, » (Exposé des motifs, n°35)

(21) A cet égard, à propos des données de communications téléphoniques rendues anonymes, « On the privacy-conscious use of mobile phone data », *Scientific Data*, No 5, 11 December 2018, (<https://www.nature.com/articles/sdata2018286.pdf>).

(22) Le récent projet de recommandation du Conseil de l'Europe sur le profilage reconnaît, en ce qui concerne ce type d'opérations, ce besoin d'extension du champ d'application de la réglementation de protection des données : « Dans le cadre de l'utilisation croissante de méga données (« big data »), des données à la fois personnelles et non personnelles sont traitées. Par ailleurs, avec des traitements automatisés, basés notamment sur l'utilisation de systèmes d'apprentissage automatique, il est difficile de savoir a priori quelles données permettront des corrélations ou des prédictions relatives à une personne concernée. Dans de tels cas, pour que les données à caractère personnel soient traitées de façon loyale, les organisations devraient garantir la pertinence et la qualité de toutes les données, y compris les données non personnelles, qui pourraient permettre les corrélations ou prédictions relatives à une personne concernée. ».

(18) Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données), Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final 2020/0340(COD)

(19) Ces intermédiaires peuvent ainsi veiller à adapter les données, les enrichir, les convertir à un format standard et interopérable, etc.

Le second point concerne l'apparente contradiction qui existe entre, d'une part, une politique affirmant la libre circulation et le partage des données et, d'autre part, la proclamation européenne des droits de propriété intellectuelle (y compris des moyens techniques de leur protection) et sa consécration de nombre de droits *sui generis* (protection des bases de données, des secrets d'affaires). L'effet de tels droits est certes le cloisonnement du marché et la nécessité de procéder à de multiples licences d'utilisation pour créer les supports nécessaires au fonctionnement de l'IA. On sait que la Commission⁽²³⁾ prône l'*open source* ou d'*open document* qui vise aussi bien des articles scientifiques, des romans que des logiciels ou bases de données. Le second texte est la résolution du Parlement du 20 octobre⁽²⁴⁾ dont l'ambition est précisément de réfléchir à l'adaptation des régimes de propriété intellectuelle aux spécificités de l'IA. L'ambition du Parlement est de réfléchir à un régime européen cohérent, qui, tout en permettant l'innovation, veille dans la droite ligne de la troisième voie proclamée par l'Union européenne au respect des considérations éthiques qui mettent au centre de ces innovations l'humain. A cela, elle ajoute la nécessité de pouvoir procéder largement à des opérations de *data sharing* et aux besoins d'interopérabilité et d'accès ouvert à certaines bases de données⁽²⁵⁾. Au-delà, le Parlement recommande à la Commission de réévaluer l'ensemble des régimes de propriété

intellectuelle⁽²⁶⁾. Ensuite, le Parlement ajoute quelques précautions sur la nécessité d'une protection des systèmes par le secret d'affaires, lors de la période de *testing* et dans le cas de la publication du brevet. La résolution conclut sur " l'opportunité d'une action législative sur des questions ayant une incidence sur les relations entre les acteurs économiques dont le but est de tirer parti des données non personnelles et est favorable à une éventuelle révision de la directive sur les bases de données et à une éventuelle clarification de l'application de la directive sur la protection des secrets d'affaires en tant que cadre générique...".

B. « Excellence and Trust » - les maître-mots de la « troisième voie européenne »

8. De la déclaration d'Ursula Van der Leyen à la proposition de règlement sur l'IA - La volonté exprimée à de nombreuses reprises par les autorités européennes est de fonder le développement des outils et des applications d'intelligence artificielle sur deux valeurs : « Excellence and Trust », selon le titre même du Livre Blanc sur l'IA (White Paper on AI) de février 2020⁽²⁷⁾, document à la base de cette politique qui marque la troisième voie européenne. Dès son inves-

(23) Dans un document récent COMMUNICATION TO THE COMMISSION OPEN SOURCE SOFTWARE STRATEGY 2020 – 2023, Think Open, la Commission encourage l'utilisation du moins par les autorités publiques de logiciels ouverts : "Open source is present everywhere. All around the world, companies and public services are using the open source collaborative methods to innovate and build new solutions. It powers the cloud and provides professional tools for big data and for information and knowledge management. It is in supercomputers, blockchain, the internet of things and artificial intelligence. It is in the internet. It is in our phones and our TVs. It provides us with streaming media. It is in our cars. It runs Europe's air traffic control. The chances are that, in any new project involving software, from kitchen appliances, through web-based public services to highly specialised industrial tools, most of the code will be based on open source. Open source is close to the essence of public service, because: it is public code, which makes it a good use of public money, one that promotes freedom of choice and avoids getting 'locked in'; it makes it easy to use and reuse software solutions, so we can pool efforts to create valuable cross-border services that are interoperable, and increase efficiency; and it is easy and efficient to add features to open source software, which can be freely shared with anyone, for any purpose. This means that everyone can benefit."

(24) Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI)). Contrairement aux deux autres Résolutions relatives à l'IA et datées du même jour, l'une sur l'éthique, l'autre sur la responsabilité, celle relative aux droits de propriété intellectuelle ne contient pas un projet de règlement à destination de la Commission ;

(25) Point 16 de la Résolution: « recommande que la détention des droits, le cas échéant, ne soit octroyée qu'à des personnes physiques ou morales qui ont créé l'œuvre de manière licite et que si le titulaire du droit d'auteur a donné son autorisation en cas d'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur, sauf si des exceptions ou limitations s'appliquent en matière de droit d'auteur; souligne qu'il importe de faciliter l'accès aux données et au partage des données, aux normes ouvertes et à la technologie à source ouverte, tout en encourageant les investissements et en stimulant l'innovation; ... »

(26) La Résolution relève (Point n°12) que "la protection par brevet peut être accordée à condition que l'invention soit nouvelle et non évidente et qu'elle implique une activité inventive; note en outre que le droit des brevets implique la description complète de la technologie sous-jacente, ce qui peut soulever des difficultés pour certaines technologies de l'IA compte tenu de la complexité des raisonnements; met également en exergue les enjeux juridiques liés à la rétro-ingénierie, laquelle constitue une exception à la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur et à la protection des secrets d'affaires, qui sont aussi d'une importance capitale pour l'innovation et la recherche et qui devraient être dûment pris en compte dans le cadre du développement des technologies de l'IA; ..." relève que l'autonomisation du processus créatif de production de contenus de nature artistique peut soulever des questions relatives à la détention des DP (droits de propriété intellectuelle) pour ce type de contenus; considère à cet égard qu'il ne serait pas opportun de vouloir doter les technologies de l'IA de la personnalité juridique et insiste sur les répercussions négatives d'une telle démarche sur la motivation des créateurs humains;..."

(27) WHITE PAPER on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust, Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 65 final. En matière d'excellence, selon le résumé de la Commission elle-même, le « Livre Blanc » propose les mesures suivantes: « 1. Mettre en place un nouveau partenariat public-privé dans les domaines de l'IA et de la robotique ; 2. Renforcer les centres d'excellence en matière d'IA et les relier ; 3. Faire en sorte qu'au moins un pôle d'innovation numérique par État membre soit spécialisé en IA ; 4. Fournir davantage de financement au développement et à l'utilisation de l'IA, avec le soutien du Fonds européen d'investissement ; 5. Utiliser l'IA pour améliorer l'efficacité des procédures de marchés publics ; 6. Soutenir l'acquisition de systèmes d'IA par des organismes publics. »

En matière de confiance, la Commission propose : « 1. Veiller à ce que la nouvelle législation sur l'IA tienne compte des risques mais n'entrave pas l'innovation ; 2. Exiger que les systèmes d'IA à haut risque soient transparents, traçables et sous contrôle humain ; 3. Donner aux autorités les moyens de vérifier la conformité des systèmes d'IA, tout comme elles le font avec les cosmétiques, les voitures ou les jouets ; 4. Veiller à ce que les ensembles de données ne soient pas entachés de biais ; 4. Lancer un débat à l'échelle de l'UE sur l'utilisation de l'identification via les technologies de la reconnaissance faciale. »

ture, soit en novembre 2019, Ursula von der Leyen, Présidente de la Commission européenne, lors de son allocution devant le Parlement affirmait : "We must have mastery and ownership of key technologies in Europe. These include quantum computing, artificial intelligence, blockchain, and critical chip technologies. ...With the General Data Protection Regulation, we set the pattern for the world. We have to do the same with artificial intelligence. Because in Europe we start with the human being. It is not about damming up the flow of data." Lors de l'annonce du « Livre Blanc » de l'Union européenne en matière d'intelligence artificielle, la Présidente de la Commission soulignait : « Nous voulons que l'application de ces nouvelles technologies soit digne de la confiance de nos citoyens [...] Nous encourageons une approche responsable de l'intelligence artificielle centrée sur l'humain ». L'excellence s'appuie sur le développement d'une recherche scientifique de pointe que l'Union européenne entend financer à côté des financements de chaque état européen⁽²⁸⁾. La confiance dans les applications de la technologie de l'intelligence artificielle doit permettre l'acceptation sociale de celles-ci. Cette acceptation est nécessaire pour assurer le développement des applications de l'IA.

A cet égard, les textes européens constatent les risques inhérents aux algorithmes « statiques et opaques » et la nécessité de garantir, dès la conception, la transparence et l'explicabilité des algorithmes, afin d'empêcher toute discrimination liée à la prise de décision automatisée. Il est en outre recommandé de mettre en place des règles éthiques intégrant l'idée que l'IA est une « technologie centrée sur l'humain » qui est conçue comme un outil qui aide l'humain et qui est contrôlé par lui. Enfin, le cadre éthique de référence devrait être élaboré dans le respect des droits fondamentaux tels que la dignité, l'autonomie, l'autodétermination, la justice sociale, le respect de l'environnement et d'une démocratie fondée sur l'Etat de droit. Il implique la responsabilité sociétale de tous les acteurs qui concourent au développement des outils d'IA. Le Livre Blanc s'appuie notamment sur les travaux d'un groupe d'experts de haut niveau (HLGE on AI) commandité par la Commission, qui avaient abouti en avril 2019 à des recommandations éthiques pour un système d'intelligence artificielle digne de confiance⁽²⁹⁾ et plus récemment à la publication d'une liste reprenant les critères d'évaluation des sept caractéristiques d'un AI digne de confiance (ALTAI ou Assessment List for Trustworthy AI)⁽³⁰⁾. A cette impulsion éthique

de la Commission et en pleine concertation avec cette dernière, le Parlement européen a entendu répondre par une résolution du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes⁽³¹⁾. On souligne que le texte constitue plus qu'une résolution, il contient une proposition de Règlement, bref un 'prêt-à-signer' pour la Commission et le Conseil qui, par ailleurs, pourront difficilement s'écarter de ce qui a constitué l'accord du Parlement, même si le texte de la proposition de règlement mis sur la table par la Commission européenne ce 21 avril 2021 nous apparaît plus pragmatique mais moins généreux que le texte parlementaire, dans la mesure où il se centre volontiers sur les questions posées par l'IA à nos libertés individuelles, en prêtant moins d'attention aux risques collectifs.

9. La proposition de règlement du 21 avril 2021 - Le 21 avril 2021, la Commission publiait en effet sa proposition de règlement instaurant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle⁽³²⁾. Il s'agit bien, affirme Mme VESTAGER lors de la présentation de la proposition, de mettre en œuvre par ce texte les principes mêmes d'excellence et de confiance : « En matière d'intelligence artificielle, la confiance n'est pas un luxe mais une nécessité absolue. En adoptant ces règles qui feront date, l'UE prend l'initiative d'élaborer de nouvelles normes mondiales qui garantiront que l'IA soit digne de confiance. En établissant les normes, nous pouvons ouvrir la voie à une technologie éthique dans le monde entier, tout en préservant la compétitivité de l'UE. À l'épreuve du temps et propices à l'innovation, nos règles s'appliqueront lorsque c'est strictement nécessaire : quand la sécurité et les droits fondamentaux des citoyens de l'Union sont en jeu. ». Le but du texte est quadruple : "1. ensure that AI systems placed on the Union market and used are safe and respect existing law on fundamental rights and Union values; 2. ensure legal certainty to facilitate investment and innovation in AI; 3. enhance governance and effective enforcement of existing law on fundamental rights and safety requirements applicable to AI systems; 4. facilitate the development of a single market for lawful, safe and trustworthy AI applications and prevent market fragmentation. "

(28) Le récent document stratégique de la Commission (Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Fostering a European approach to Artificial Intelligence, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 205 final) donne le détail pour la plupart des pays membres des investissements nationaux en la matière (p. 60 et s.)

(29) HLGE (High Level Group of experts on AI). Sur ce groupe et ses travaux, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence> et notamment sa publication des LIGNES DIRECTRICES EN MATIERE D'ETHIQUE pour UNE IA DIGNE DE CONFIANCE (publiée le 8 avril 2019), texte disponible sur le site : Ethics guidelines for trustworthy AI - Publications Office of the EU (europa.eu) - <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

(30) Les sept critères dégagés par les guidelines sont respectivement : Human Agency and Oversight; Technical Robustness and Safety; Privacy and Data Governance; Transparency; Diversity, Non-discrimination

and Fairness; Societal and Environmental Well-being; Accountability. Sur les méthodes d'évaluation et les critères à prendre en compte, voir le site de présentation d'Altai (Assessment List for Trustworthy AI) : <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/pages/altai-assessment-list-trustworthy-artificial-intelligence>. On note que ces critères et la méthodologie d'Altai ont été évalués pendant une durée d'un an et ont reçu les apports de l'AI Alliance

(31) Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes (2020/2012(INL)) P9_TA(2020) 0275. Ce texte a reçu l'appui de la Commission européenne. Il est à noter que la Résolution contient une proposition de Règlement qui n'attend que d'être reprise par les autres autorités de l'Union européenne.

(32) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS (SEC(2021) 167 final) - (SWD(2021) 84 final) - (SWD(2021) 85 final), Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 206 final

On retiendra du texte plusieurs points. Le premier est, la chose est rare pour qu'elle soit soulignée, une définition de l'intelligence artificielle (art. 3 (1) et des acteurs. Ainsi, « 'artificial intelligence system' (AI system) means software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I⁽³³⁾ and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with; » et la proposition prend soin de distinguer les obligations des fournisseurs, des distributeurs, des importateurs, des opérateurs, des utilisateurs, opérant dans le cadre de leurs activités professionnelles et ceux opérant dans le cadre d'activités privées. Ces distinctions sont utiles⁽³⁴⁾ car elles permettent, au-delà des nécessités d'interaction entre ces acteurs de la 'supply chain', d'allouer à chacun des responsabilités précises.

La proposition cherche à établir un compromis entre les exigences légales et éthiques, traduisant les valeurs de l'Union et la nécessité de ne pas contraindre de manière exagérée le développement et l'initiative technologiques. Pour ce faire, le texte adopte une approche réglementaire strictement proportionnée, évolutive fondée sur la distinction entre pratiques illégales de l'intelligence artificielle⁽³⁵⁾ (art. 5), systèmes d'IA à haut risque (art.6.2) et les autres. L'annexe III reprend la liste susceptible d'évolution de huit types de systèmes⁽³⁶⁾ à haut risque⁽³⁷⁾ : systèmes biométriques

d'identification ; systèmes de gestion des infrastructures critiques ; applications dans le secteur de l'éducation et de la formation ; applications en matière d'emploi ; applications en ce qui concerne l'accès ou la jouissance de services publics ou de services privés essentiels ; systèmes utilisés par les forces de l'ordre ; systèmes utilisés en matière de migration ou de contrôle des frontières, systèmes d'administration de la justice.

10. La multiplication des obligations envers les acteurs impliqués dans la supply-chain de systèmes à haut risque - Les fournisseurs (providers) de systèmes IA à haut risque se voient imposer de multiples devoirs (art. 16)⁽³⁸⁾. La proposition entend Instituer, pour les systèmes dits à haut-risque, un système de gestion des risques (art. 9) qui implique le suivi de bonnes pratiques en matière d'évaluation des systèmes (absence de biais, qualité des données, ...). L'article 10 mentionne divers devoirs liés à la gouvernance des données, ainsi le testing et la validation des choix de design et des données prises en compte, l'examen des biais possibles, etc. On ajoute les obligations de documentation (art.11 et 18), de loggings (art. 12 et 20) et surtout de surveillance humaine (human oversight)⁽³⁹⁾. Le projet mentionne le devoir de coopération avec les autorités nationales compétentes y compris en fournissant l'accès à tous les logs. En particulier, l'article 19 mentionne l'obligation d'une évaluation préventive de conformité du système avant toute mise sur le marché⁽⁴⁰⁾. Cette évaluation est interne au fournisseur

(33) L'annexe I se réfère ainsi non seulement aux techniques de « machine learning » supervisé ou non incluant le deep learning, les approches dites symboliques fondées systèmes experts (logic and knowledge based) et les approches statistiques comprenant les méthodes d'optimisation. Ainsi, le concept regroupe des méthodes fondées tant sur des systèmes de rapprochement de données fonctionnant de manière plus ou moins autonomes et opaques et des systèmes fondés sur un raisonnement logique transparent. Il est clair que les risques liés à ces deux types de techniques et d'approche sont loin d'être les mêmes. Par ailleurs, la liste des techniques et méthodes est évolutive.

(34) Sans doute, eût-il été nécessaire d'ajouter à côté de la catégorie fournisseur ou développeur d'un système IA, celui de fournisseur d'un élément du système IA, ainsi, les fournisseurs de données ou des algorithmes sur lesquels se base le fonctionnement du système. Des obligations de documentation, de qualité des données ou de non biais pourraient leur être imputées.

(35) Ainsi, les systèmes de manipulation par messages subliminaux, l'exploitation des vulnérabilités, l'utilisation par le secteur public de systèmes de « social ranking » entraînant de potentielles discriminations entre personnes ou groupes, de systèmes biométriques fonctionnant en temps réel et à distance, placés dans des endroits publics (par exemple, des systèmes de reconnaissance faciale, ...)

(36) Sans doute, eût-il été préférable de parler d'applications dans tous les cas et non de systèmes !

(37) On s'étonnera de la liste qui mélange des critères différents, tantôt basés sur le type de données (exemple : données biométriques d'identification), tantôt fondés sur le secteur en cause (exemple : le secteur financier), tantôt sur la finalité (recrutement de personnel, accès à des services publics ou privés essentiels), tantôt par une combinaison de plusieurs critères (exemple : dans le secteur éducatif, l'évaluation des étudiants). L'utilisation de tels critères rend la lecture et l'interprétation du texte difficile et peut poser problème. Ainsi, un système expert (IA symbolique) traditionnel qui traduirait en algorithmes les règles de délibération est un système à haut risque, alors que les systèmes d'IA de contrôle des agriculteurs fondés sur

la géomatique à des fins de contrôle ne le seraient pas. Par ailleurs, ne fallait-il pas considérer que les méthodes d'AI ne présentent pas le même niveau de risque. Ainsi, un système expert qui traduit un raisonnement humain transparent apparaît moins dangereux qu'une application utilisant des méthodes de machine learning dont le fonctionnement est peu transparent et évolue en fonction des données qu'elle rencontre.

(38) art. 16 du projet de règlement: "Providers of high-risk AI systems shall:

(a) ensure that their high-risk AI systems are compliant with the requirements set out in Chapter 2 of this Title;

(b) have a quality management system in place which complies with Article 17;

(c) draw-up the technical documentation of the high-risk AI system;

(d) when under their control, keep the logs automatically generated by their high-risk AI systems;

(e) ensure that the high-risk AI system undergoes the relevant conformity assessment procedure, prior to its placing on the market or putting into service;

(f) comply with the registration obligations referred to in Article 51;

(g) take the necessary corrective actions, if the high-risk AI system is not in conformity with the requirements set out ..."

(39) art. 14.3: "Human oversight shall be ensured through either one or all of the following measures:

(a) identified and built, when technically feasible, into the high-risk AI system by the provider before it is placed on the market or put into service;

(b) identified by the provider before placing the high-risk AI system on the market or putting it into service and that are appropriate to be implemented by the user."

(40) Les annexes VI et VII définissent la procédure soit légère et purement interne si le fournisseur (provider) s'appuie sur des systèmes se référant à des standards harmonisés, soit plus lourde, externe auprès d'un organe de notification (autorité de contrôle) plus lourde si tel n'est pas le cas.

mais son absence ou sa mauvaise réalisation est lourdement sanctionnée. D'autres obligations peuvent concerner d'autres acteurs : les fournisseurs de systèmes à haut risque, les producteurs, les distributeurs, les importateurs, les utilisateurs ayant recours à un système à haut risque dans le cadre de leurs activités professionnelles (ainsi, une banque utilisant un système de *credit rating*) et ce suivant leur rôle précis lors des diverses étapes qui mènent de la conception à l'exploitation du système IA. L'article 30 oblige les Etats membres à créer une autorité dite de notification (*notifying body*), "responsible for setting up and carrying out the necessary procedures for the assessment, designation and notification of conformity assessment bodies and for their monitoring". On ajoutera que le texte soumet à des obligations particulières de transparence certains systèmes AI (art.52), ainsi l'obligation d'informer les personnes interagissant avec un système d'IA de la présence d'un robot comme interlocuteur. Même obligation d'information des personnes concernées en cas d'utilisation de systèmes de reconnaissance d'émotions ou de profilage sur base de données biométriques ou de manipulation d'images, de sons ou de vidéos relatives à des personnes (*deepfakes*). Ce projet de règlement constitue la pièce majeure de la troisième voie européenne.

11. Et les robots ? - Enfin, une autre proposition de règlement dit « Machines et Equipements »⁽⁴¹⁾, publiée le même jour par la Commission, remplacerait la directive de 2006 « machines », qui définissait des exigences en matière de santé et de sécurité dans le secteur des machines. La proposition garantit que les machines de nouvelle génération intégrant des logiciels en particulier d'IA comme, par exemple, les robots de ligne de production, les imprimantes 3D, les drones et les robots aide-soignant, offrent, au regard des nouveaux risques créés⁽⁴²⁾, toute la sécurité requise aux utilisateurs et aux consommateurs et encouragera l'innovation. Alors que le règlement sur l'IA traitera des risques liés à la sécurité que présentent les systèmes d'IA, le nouveau règlement sur les machines garantira une intégration sûre des systèmes d'IA dans les machines et les responsabilités liées au fonctionnement de ces produits d'intégration⁽⁴³⁾. En particulier, le règlement exige pour

les machines et équipements à haut risque définis à l'annexe du règlement, de suivre une procédure d'évaluation de conformité. Les critères d'appréciation des risques sont fixés dans le texte du règlement (art. 5). Le texte (art. 6 et s.) impose aux producteurs, importateurs, distributeurs une série d'obligations en matière de documentation, de tests, etc. Enfin, la proposition impose (art. 24 et s.) aux Etats membres de désigner un organe de notification qui peut s'appuyer ou non sur un organe externe d'accréditation⁽⁴⁴⁾. On ajoute qu'en cas de défaillance d'un produit ou de crainte raisonnablement suffisante de non-respect par un produit des requis en matière de sécurité ou de santé, l'autorité de surveillance peut exiger des mesures correctives (art. 36.3 et 41.1).

II. LA « TROISIÈME VOIE » EUROPÉENNE ET SA CONCEPTION DE L'OUTIL RÉGLEMENTAIRE AU SERVICE DE CETTE TROISIÈME VOIE

12. L'approche réglementaire comme marque distinctive de l'approche européenne - L'approche européenne se caractérise et c'est le second point de notre réflexion par le recours à la réglementation comme outil⁽⁴⁵⁾ permettant de clarifier mais aussi de rendre effectifs les principes et valeurs inscrits dans cette troisième voie européennes⁽⁴⁶⁾. Cette réglementation tente à donner un cadre complet au développement de l'IA. Il s'agit, on le souligne d'une véritable réglementation s'appuyant sur des normes de droit et non des simples recommandations éthiques, même si cette réglementation renvoie à des normes techniques, certificats et labels qui favorisent un véritable marché européen, en même

COM/2020/64 final, disponible à l'adresse https://ec.europa.eu/info/publications/commission-report-safety-and-liability-implicationsai-internet-things-and-robotics_0_en. et la Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014(INL))

(41) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on machinery products, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 202 final 2021/0105 (COD)

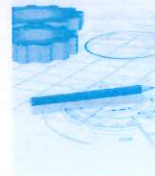
(42) Voir l'exposé des motifs n°11, p. 16: « Recently, more advanced machines, which are less dependent on human operators, have been introduced on the market. These machines, known as collaborative robots or cobots, are working on defined tasks and in structured environments, yet they can learn to perform new actions in this context and become more autonomous. Further refinements to machines, already in place or to be expected, include real-time processing of information, problem solving, mobility, sensor systems, learning, adaptability, and capability of operating in unstructured environments (e.g. construction sites). The Commission Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics⁶, states that the emergence of new digital technologies, like artificial intelligence, the Internet of things and robotics, raises new challenges in terms of product safety; ».

(43) Sur ce point, la proposition s'appuie sur l'excellent RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN, Rapport du 19 février 2020 sur les conséquences de l'intelligence artificielle, de l'internet des objets et de la robotique sur la sécurité et la responsabilité,

(44) Article 25.3 : « Where the notifying authority delegates or otherwise entrusts the assessment, notification or monitoring referred to in paragraph 1 of this Article to a body, which is not a governmental entity that body shall be a legal entity and shall comply mutatis mutandis with the requirements laid down in Article 26. »

(45) « L'approche de la Commission à l'égard de la réglementation consiste à créer des cadres qui déterminent le contexte et permettent à des écosystèmes vifs, dynamiques et vigoureux de se développer. Face à la difficulté d'appréhender l'ensemble des éléments de cette transformation en une économie habile à tirer parti des données, la Commission s'abstient délibérément d'adopter des règles ex ante lourdes et trop détaillées, et donnera la préférence à une approche judicieuse de la gouvernance qui favorise l'expérimentation (telles que des sas réglementaires), l'itération et la différenciation. » (COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS, Une stratégie européenne pour les données, Bruxelles, le 19.2.2020, COM(2020) 66 final

(46) Cf. déjà l'introduction du document « An European Strategy for Data » de février 2020 (cité supra n°4, note 14) : « L'UE peut devenir un modèle de premier plan pour une société à laquelle les données confèrent les moyens de prendre de meilleures décisions, tant dans les entreprises que dans le secteur public. Afin de réaliser cette ambition, l'UE peut s'appuyer sur un cadre juridique fort (en termes de protection des données, de droits fondamentaux, de sûreté et de cybersécurité), »



temps qu'elles ajoutent à l'effectivité de la réglementation. Cette réglementation n'est pas le seul fruit de la Commission, elle naît d'une véritable synergie entre la Commission et le Parlement européen. Elle est européenne et laisse peu de marge de manœuvre aux Etats membres. On ajoute qu'elle n'hésite pas dans le cadre d'une société du numérique global à s'imposer aux pays tiers. Enfin, elle se veut proportionnée et met en avant la gravité des risques liés à l'irruption de l'IA non seulement du point de vue des libertés individuelles mais également des enjeux collectifs posés à notre société, à l'environnement, à nos démocraties et à l'état de droit. Enfin, l'approche réglementaire européenne s'appuie largement sur le rôle que les pouvoirs publics doivent jouer dans le développement de l'intelligence artificielle à la fois dans le secteur public comme celui privé, en même temps que comme modèle de cette troisième voie européenne. Chacun de ces points sera approfondi ci-après.

13. Une approche complète - La première note la multiplication des textes. Nombre d'entre eux ont été évoqués jusqu'ici mais d'autres sont encore à venir. On ne reviendra pas sur le règlement adopté dès 2016 en matière de protection des données, cité par de nombreux textes parmi ceux énumérés ci-dessus comme élément clé de la confiance à créer auprès des citoyens et donc de la troisième voie européenne⁽⁴⁷⁾. Plus récemment, le règlement du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne⁽⁴⁸⁾ entendait déjà protéger les entreprises utilisatrices du web pour proposer leurs biens et services, de méthodes de classement qui favoriseraient telle ou telle entreprise. A cette fin, la transparence des principaux paramètres utilisés pour le classement des sites des fournisseurs de biens et services⁽⁴⁹⁾. La proposition de règlement

Digital Service Act contient quelques articles relatifs aux systèmes d'intelligence artificielle utilisés par les « *very large platforms* » en matière de recommandations, de *ranking* voire de sélection de contenus⁽⁵⁰⁾. Il s'agit là de lutter contre des pratiques de concurrence déloyale et contre la désinformation. Les questions posées par l'intelligence artificielle en matière de responsabilité⁽⁵¹⁾ et de droits d'auteur⁽⁵²⁾ sont dès maintenant l'objet de résolutions du Parlement européen qui, dès maintenant sur le premier point du moins, a mis sur la table un texte « prêt à signer » à disposition de la Commission.

La souveraineté numérique de l'Europe, grâce à cet arsenal réglementaire complet, est sans doute un axe central de la politique souhaitée par l'Union européenne, à savoir : « *la maîtrise de notre destin sur les réseaux informatiques. C'est l'extension de la République dans cette immatérialité informationnelle qu'est le cyberspace* »⁽⁵³⁾. La volonté d'une souveraineté européenne et celle de reprendre la main par la réglementation contre l'hégémonie américaine et ... chinoise s'expriment par ces textes ou des projets de textes qui touchent l'ensemble des enjeux de l'IA et entendent apporter les bases d'une confiance du citoyen face à cette innovation technologique en constituant une réponse appropriée aux défis propres de l'IA⁽⁵⁴⁾.

(47) Ce règlement est en cours d'évaluation. Il est étonnant que cette évaluation ne semble pas indiquer une volonté d'adapter le règlement aux dangers nouveaux créés par l'IA en matière de protection des données. Sur ce point et les lacunes de l'actuel règlement, lire Y. POULLET, «

(48) RÈGLEMENT (UE) 2019/1150 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE, L.186/57.

(49) Point 24 de l'exposé des motifs : « Le principe de prévisibilité veut que les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne déterminent ce classement de manière non arbitraire. Les fournisseurs devraient par conséquent décrire succinctement, au préalable, les principaux paramètres qui déterminent le classement, afin d'améliorer la prévisibilité pour les entreprises utilisatrices, de leur permettre de mieux comprendre le fonctionnement du mécanisme de classement et de comparer les pratiques de divers fournisseurs en la matière. Cette obligation de transparence ainsi conçue est importante pour les entreprises utilisatrices, car elle implique d'identifier un ensemble limité de paramètres qui sont les plus importants parmi un nombre vraisemblablement plus élevé de paramètres influençant de près ou de loin le classement. La description raisonnée des principaux paramètres devrait aider les entreprises utilisatrices à améliorer la présentation de leurs biens et services ou certaines des caractéristiques intrinsèques de ces biens ou services. La notion de principaux paramètres devrait s'entendre comme faisant référence à tous les critères et processus généraux ainsi qu'aux signaux spécifiques intégrés dans les algorithmes ou à d'autres mécanismes d'ajustement ou de rétrogradation utilisés en relation avec le classement. »

(50) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final, 15 déc. 2020, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>. Sur cette proposition et ses dispositions en matière d'audit externe des algorithmes de recommandations et de profilage, voir Y. POULLET et N. BONTRIDDER, « L'Union européenne et la régulation de la désinformation », RDTI, 2021, à paraître.

(51) Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014(INI)), P9_TA(2020)0276, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_FR.html.

Cf. également, le Rapport du groupe d'experts sur la responsabilité et les nouvelles technologies, section « nouvelles technologies », du 21 novembre 2019 sur la responsabilité en matière d'intelligence artificielle et d'autres technologies numériques émergentes (Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies),

(52) Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_FR.html.

(53) Sur la souveraineté numérique, lire entre autres, l'excellente contribution de A.T. NORODOM, « Etre ou ne pas être souverain, en droit, à l'ère numérique » in *Enjeux internationaux des activités numériques*, C. Castets-Renard et alii (sous la direction de), Larcier, Bruxelles, 2020, p. 21 et s.

(54) « Les développeurs et les déployeurs d'IA sont déjà soumis à la législation européenne sur les droits fondamentaux (c'est-à-dire la protection des données, le respect de la vie privée, la non-discrimination), sur la protection des consommateurs, et sur la sécurité des produits et la responsabilité du fait des produits. Les consommateurs entendent jouir du même niveau de sécurité et bénéficier des mêmes droits, qu'un produit ou un système soit fondé sur l'IA ou non. Or certaines spécificités de l'IA (telles que l'opacité) peuvent compliquer l'application et le contrôle de l'application de cette législation. Il faut, dès lors, examiner si la législation actuelle est en mesure de faire face

On ajoute que cette approche réglementaire, sans doute au départ mue par le dynamisme de la présidente de la Commission, est soutenue par le Parlement. On souligne la multiplication des initiatives du Parlement européen, prises en parfait accord avec la Commission⁽⁵⁵⁾. Il s'agit par ses initiatives d'accélérer la procédure (voir la publication de deux propositions de Règlement) et d'affirmer la légitimité des solutions proposées : « (Le Parlement) invite la Commission, conformément à la procédure visée à l'article 225 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à présenter la proposition de règlement concernant les principes éthiques relatifs au développement, au déploiement et à l'utilisation de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes. ». Le présent rapport a ainsi eu l'occasion d'analyser trois résolutions dont deux contenaient en annexe des propositions de règlements prêts à être repris par les autres autorités européennes⁽⁵⁶⁾.

14. Une approche réglementaire de la régulation de l'IA - L'omniprésence de la réglementation en matière d'IA établit le rôle des autorités publiques dans la régulation de l'intelligence artificielle et met en cause l'autorégulation qui y régnait. On sait que le règlement européen en matière de protection des données affirmait déjà cette volonté européenne de reconnaître la nécessité d'un cadre légal dans lequel s'inscrivait en mineur la possibilité de codes de conduite, labels et certificats. L'autorégulation est traditionnellement vue comme un cheval de Troie des entreprises américaines, largement majoritaire sur le marché de l'intelligence artificielle et surtout parmi les acteurs qui développent ou utilisent des applications d'IA. Le cas de la lutte contre la désinformation est exemplaire à cet égard. Le « *Code of Practice on disinformation* », signé par certaines plateformes (toutes américaines) présentes en Europe en septembre 2018, a été entérinée sans doute à contre cœur par la Commission européenne qui avait soulevé la nécessité d'une intervention en la matière. Le « *Code of practice* » a été la réponse du monde économique à ce besoin de régulation et rejetait dès lors la nécessité de l'intervention réglementaire. La Commission⁽⁵⁷⁾, à l'occasion des problèmes posés par l'« infodémie » qui a fait rage dans le cadre de la lutte contre le COVID, a radicalement

modifié l'approche de la régulation de la désinformation au profit de ce que nous appellerions : une « corégulation descendante »⁽⁵⁸⁾ marquée par la priorité de la réglementation publique et qui laisse une marge de manœuvre étroite aux codes de conduite, labels et certifications privés. C'est l'objet de la proposition de Règlement appelé *Digital Services Act* (DSA). La modification substantielle des articles 12 et s. de la Directive du 8 juin 2000 : « Commerce électronique », en matière de responsabilité des intermédiaires, introduite par cette proposition, entend régler la question de la lutte contre la désinformation et contient par ailleurs un cadre juridique strict des systèmes de recommandations, de filtrage et de profilage utilisant l'IA⁽⁵⁹⁾. On note, dans cette proposition, la désormais primauté de la réglementation publique laisse une place à une autorégulation qui se devra de respecter le cadre dans lequel elle est autorisée à s'exprimer. Une telle primauté est devenue une constante dans les textes relatifs à l'IA⁽⁶⁰⁾ et s'écarte du modèle américain de l'autorégulation par le marché. Divers arguments appuient cette priorité de l'intervention législative. Elle permet d'asseoir européenne la souveraineté européenne et assure l'imposition hors frontières du modèle européen (voir *infra*, n°16). On ajoute les arguments traditionnels, celui de la sécurité apportée par le cadre légal, sécurité nécessaire pour conforter les acteurs de l'IA dans leurs stratégies de développement économique et, également, celui de la confiance apportée aux utilisateurs par les mécanismes de mise en œuvre et de contrôle du respect de ce cadre légal par la création d'organes nouveaux de certification, de notification, etc.

Par ailleurs, cette priorité n'interdit pas bien au contraire la concertation en amont de la Commission et des différents porteurs d'in-

aux risques liés à l'IA et si son respect peut être assuré efficacement, si elle doit être adaptée, ou si une nouvelle législation s'impose. » (White Paper déjà cité, p. 10)

(55) Cf. à ce propos la déclaration de M. VESTAGER, Vice-présidente de la Commission européenne : « *There is a convergence between the different reports, between the thinking of the Commission and what the Parliament is proposing* »).

(56) Il s'agit de la Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission concernant un cadre pour les aspects éthiques de l'intelligence artificielle, de la robotique et des technologies connexes (2020/2012(INL)) ; de la Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014(INL)) et de celle toujours du même jour sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle (2020/2015(INI)).

(57) « *The information and findings set out in this assessment will support the Commission's reflections on pertinent policy initiatives, including the European Democracy Action, as well as the Digital Services Act, which will aim to fix overarching rules applicable to all information society services.* » Ibid.

(58) Cette corégulation descendante est celle que, dès 2003 dans le cadre de l'accord interinstitutionnel 'Mieux légiférer' (J.O.C.E., C 321, 31 décembre 2003, pp. 1-5.), les autorités européennes avaient souhaité. L'article 18 de l'accord définissait, en effet, la corégulation, comme « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ».

(59) Sur cet encadrement et de manière générale sur la politique européenne en matière de désinformation, lire Y. POULLET et N. BONTRIDDER, « L'Union européenne et la régulation de la désinformation », RDTI, 2021, à paraître.

(60) Cf. à cet égard, la réflexion de la Commission en ce qui concerne le choix de cette corégulation à propos de la proposition de règlement sur l'IA (p. 10) : « *Four policy options of different degrees of regulatory intervention were assessed: • Option 1: EU legislative instrument setting up a voluntary labelling scheme; • Option 2: a sectoral, "ad-hoc" approach; • Option 3: Horizontal EU legislative instrument following a proportionate risk-based approach; • Option 3+: Horizontal EU legislative instrument following a proportionate risk-based approach + codes of conduct for non-high-risk AI systems; • Option 4: Horizontal EU legislative instrument establishing mandatory requirements for all AI systems, irrespective of the risk they pose. According to the Commission's established methodology, each policy option was evaluated against economic and societal impacts, with a particular focus on impacts on fundamental rights. The preferred option is option 3+, a regulatory framework for high-risk AI systems only, with the possibility for all providers of non-high-risk AI systems to follow a code of conduct.* »

térêts (approche *multistakeholders*), qui s'expriment de manière parfois contradictoires à propos du développement de l'IA et de la politique européenne à mener en la matière. Ainsi, a été créée, dès 2018, l'AI Alliance⁽⁶¹⁾ une plateforme de discussion ouverte hébergée par la Commission (DG Connect). La seconde assemblée générale de ce forum de discussion consultée systématiquement par la Commission lors de l'élaboration de propositions de règlements ou de rédaction de documents stratégiques a eu lieu le 20 octobre 2020. Ensuite, toujours sur le modèle du règlement de protection des données, les textes réglementaires laissent une place à la labellisation, la certification et aux codes de conduite tant sectoriels que transversaux. Ces différents instruments, promus par les textes réglementaires⁽⁶²⁾, doivent respecter le cadre légal et seront contrôlés voire émis par ces autorités nationales. Ils constituent la garantie d'une implémentation souple et évolutive en accord avec les besoins des entreprises mais surtout la base d'un marché européen des produits et services de l'IA en interne mais également pourquoi pas à l'extérieur de l'Europe. Enfin, afin de ne pas préjudicier l'innovation nonobstant les risques liés à celle-ci, la proposition de Règlement sur l'IA introduit la méthode des législations « bac à sable » (*sandbox*)⁽⁶³⁾, qui autorise la mise sur pied d'expériences d'innovations avant leur mise sur le marché

tout en les soumettant à des procédures de contrôle par les autorités compétentes⁽⁶⁴⁾.

15. La dimension transfrontière de la réglementation européenne

– La confiance et les valeurs de l'Union européenne, que traduisent les textes réglementaires, ne sauraient être respectées que dans la mesure où dans un marché numérique global, les services et produits utilisant l'intelligence artificielle utilisés sur le territoire européen sont effectivement conformes aux requis des règlements européens. C'est sur base de ce postulat, que les règlements proposés n'hésitent pas à étendre leur champ d'application à des entreprises situées en dehors de l'Union européenne lorsque le service numérique vise une clientèle située dans l'Union européenne ou lorsque l'application ou le produit sont destinés au marché ou des résidents européens⁽⁶⁵⁾. Cet élargissement du champ d'application *ratione loci* des textes européens traduit bien la volonté européenne d'utiliser l'outil réglementaire pour garantir la protection des personnes résidentes en Europe et, dès lors, leur confiance en l'outil de l'IA qui y est développé ou utilisé. Au-delà, il s'agit d'une tentative d'exporter le modèle réglementaire européen, dans la mesure où la pénétration dans l'espace européen par des entreprises sises hors Europe les oblige à obéir aux règles qui y prévalent et les invitent à se prévaloir de la valeur ajoutée de ces règles vis-à-vis de l'ensemble de leurs marchés.

16. Pour une régulation proportionnée – L'approche suivant la gravité des risques – La notion de risque lié à l'utilisation des applications de l'IA est centrale dans l'approche réglementaire euro-

(61) Sur l'AI Alliance, voir *European AI Alliance | Shaping Europe's digital future* (europa.eu) : « The AI Alliance is a multi-stakeholder forum launched in June 2018 within the framework of the European Strategy on Artificial Intelligence. The forum's initial scope was the provision of feedback to the High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG), which was appointed by the European Commission to assist with policy development. Over time, the AI Alliance has become a point of reference in stakeholder-driven discussions on AI policy. Given the scale of the challenge associated with AI, the full mobilisation of a diverse set of participants, including businesses, consumer organisations, trade unions, and other representatives of civil society bodies is essential. With over 4,000 members the AI Alliance brings together these participants. They contribute to a daily exchange of views on AI and share documents and AI-related events. »

(62) Essentiellement dans la mesure où ils constituent une présomption de conformité et dispensent dès lors d'audit de celle-ci, en cas d'utilisation d'un système d'IA.

(63) Sur cette manière de procéder face à une innovation dont on a quelque peine à juger des risques et bénéfices et son application en particulier à la blockchain (depuis, la méthode est également utilisée pour d'autres innovations comme la voiture intelligente), lire l'excellent *paper* de M. FINCK, « Blockchain Regulation », Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper, no 17-13, 2017. Lire également les réflexions de J. MAUPIN, « Mapping the Global Legal Landscape of Blockchain and Other Distributed Ledger Technologies », CIGI (Center for International Innovation Governance), Paper no 149, Oktober 2017 : *The term sandbox here takes its cue from the Financial Conduct Authority's (FCA's) recent initiative to set up a UK regulatory sandbox : a safe space in which fintech companies targeting UK markets can test out new technologies within a "light touch" regulatory environment under close government supervision and for a defined period.* En langue française, même réflexions, in N. DEVILLER, « Jouer dans le "bac à sable" réglementaire pour réguler l'innovation disruptive : le cas de la technologie de la chaîne des blocs », R.T.D. com., 2017, pp. 1037 et s.

(64) Article 53.1 de la proposition de Règlement : « AI regulatory sandboxes established by one or more Member States competent authorities or the European Data Protection Supervisor shall provide a controlled environment that facilitates the development, testing and validation of innovative AI systems for a limited time before their placement on the market or putting into service pursuant to a specific plan. This shall take place under the direct supervision and guidance by the competent authorities with a view to ensuring compliance with the requirements of this Regulation and, where relevant, other Union and Member States legislation supervised within the sandbox. »

(65) L'argument est noté dans nombre de règlements et de propositions de règlements, ainsi dans le RGPD, les propositions relatives à l'IA, dans le DSA, ... Parmi tous ces textes, citons simplement : « Les services d'intermédiation en ligne et les moteurs de recherche ayant une dimension mondiale, le présent règlement devrait s'appliquer aux fournisseurs de tels services, qu'ils soient établis dans un État membre ou en dehors de l'Union, pour autant que deux conditions cumulatives soient remplies. La première est que les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs de sites internet d'entreprise devraient être établis dans l'Union. La seconde est que les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs de sites internet d'entreprise devraient proposer, grâce à la fourniture de ces services, leurs biens ou services à des consommateurs situés dans l'Union au moins pour une partie de la transaction. Afin de déterminer si des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs de sites internet d'entreprise proposent des biens ou services à des consommateurs situés dans l'Union, il est nécessaire de déterminer s'il est patent que les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs de sites internet d'entreprise orientent leurs activités vers des consommateurs situés dans un ou plusieurs États membres » (Exposé des motifs, point 9 du Règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, adopté le 14 juin 2019 (JOUE, L.186, 11 juill. 2019, p. 57-79)

péenne. Suivant le principe de proportionnalité⁽⁶⁶⁾ de l'intervention réglementaire, il y a lieu de réduire cette dernière aux applications représentant des risques majeurs (les 'high risks') pour les individus ou la collectivité voire des risques essentiels condamnables par la société. Pour les premiers, les hauts risques, il est exigé, par une procédure d'évaluation interne appropriée, une conformité aux valeurs sociales; pour les seconds, de les interdire purement et simplement. Cette distinction de règles applicables en fonction du risque se trouvait déjà esquissée dans le RGPD dont l'article 35 exigeait pour certaines catégories de traitement, comportant un « risque élevé », un « Privacy Impact Assessment » (PIA). Sans doute, la compréhension et l'extension du terme pourraient ici être différentes, dans la mesure où ce que certains qualifient d'« ethical values assessment » comprendrait une analyse non seulement comme le PIA des risques pour le droit à la protection des données à caractère personnel des personnes physiques mais s'étendrait à la protection de risques collectifs en particulier la protection de groupes, celle de l'environnement, de la concurrence mais également celles de la démocratie et de la règle de droit⁽⁶⁷⁾. C'est en tout cas clairement ce que souhaite le Parlement européen dans sa résolution relative à l'éthique de l'IA. Ce qui frappe l'observa-

teur, c'est que les valeurs y proclamées entendent déborder la protection d'intérêts et de libertés individuels pour mettre en évidence les enjeux collectifs du développement de l'IA, la justice sociale, la démocratie, l'environnement⁽⁶⁸⁾. Ceci dit, la proposition de Règlement européen sur l'IA semble se focaliser sur les risques d'atteinte à la Charte européenne des droits humains, ce qui est malgré tout bien plus large que les seuls risques d'atteinte à la protection des données et couvre des risques à l'environnement et au respect d'un état de droit, fondement de nos démocraties⁽⁶⁹⁾. Le troisième poursuit cette seconde réflexion : l'approche centrée sur les risques encourus soit individuellement par les individus, soit collectivement par nos sociétés conduit à s'interroger sur la nécessité de distinguer suivant la gravité de ces risques, à mettre l'accent sur les procédures d'évaluation de ces risques, sur les acteurs à la base de ces risques et leurs devoirs de collaborer à la prise en compte et à la maîtrise de ceux-ci et, enfin, sur le rôle de l'Etat en la matière. On ajoute à cet égard, l'intéressante notion développée par la proposition dite DSA qui introduit la notion de 'risques systémiques'⁽⁷⁰⁾ pour justifier sa réglementation sévère des grandes plateformes en ligne.

(66) "In order to introduce a proportionate and effective set of binding rules for AI systems, a clearly defined risk-based approach should be followed. That approach should tailor the type and content of such rules to the intensity and scope of the risks that AI systems can generate. It is therefore necessary to prohibit certain artificial intelligence practices, to lay down requirements for high-risk AI systems and obligations for the relevant operators, and to lay down transparency obligations for certain AI systems."

(67) A cet égard, lire la liste impressionnante des valeurs fondamentales insérées dans la Charte qui doivent être prises en considération dans l'examen d'applications "à haut risque": "This proposal seeks to ensure a high level of protection for those fundamental rights and aims to address various sources of risks through a clearly defined risk-based approach. With a set of requirements for trustworthy AI and proportionate obligations on all value chain participants, the proposal will enhance and promote the protection of the rights protected by the Charter: the right to human dignity (Article 1), respect for private life and protection of personal data (Articles 7 and 8), non-discrimination (Article 21) and equality between women and men (Article 23). It aims to prevent a chilling effect on the rights to freedom of expression (Article 11) and freedom of assembly (Article 12), to ensure protection of the right to an effective remedy and to a fair trial, the rights of defence and the presumption of innocence (Articles 47 and 48), as well as the general principle of good administration. Furthermore, as applicable in certain domains, the proposal will positively affect the rights of a number of special groups, such as the workers' rights to fair and just working conditions (Article 31), a high level of consumer protection (Article 28), the rights of the child (Article 24) and the integration of persons with disabilities (Article 26). The right to a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment (Article 37) is also relevant, including in relation to the health and safety of people. The obligations for ex ante testing, risk management and human oversight will also facilitate the respect of other fundamental rights by minimising the risk of erroneous or biased AI-assisted decisions in critical areas such as education and training, employment, important services, law enforcement and the judiciary. In case infringements of fundamental rights still happen, effective redress for affected persons will be made possible by ensuring transparency and traceability of the AI systems coupled with strong ex post controls."

(68) Le CAHAI (Comité Ad Hoc sur l'intelligence artificielle) mis en place par le Conseil de l'Europe dans son 'Etude de faisabilité' (Disponible à l'adresse : <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-etude-de-faisabilite-fr-2787-2531-2514-v-1/1680a1160f>) met en évidence le fait que si les enjeux individuels semblent bien couverts en particulier par les législations de protection des données qui rendent effective la protection des libertés individuelles, par contre, l'absence d'effectivité dans la mise en œuvre des enjeux collectifs pose problème. Sur cette distinction entre risques individuels et ceux collectifs, lire notre étude

(69) Cf. le point 3.5 de l'Explanatory memorandum de la proposition de Règlement sur l'IA: " The use of AI with its specific characteristics (e.g. opacity, complexity, dependency on data, autonomous behaviour) can adversely affect a number of fundamental rights enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights ('the Charter'). This proposal seeks to ensure a high level of protection for those fundamental rights and aims to address various sources of risks through a clearly defined risk-based approach. With a set of requirements for trustworthy AI and proportionate obligations on all value chain participants, the proposal will enhance and promote the protection of the rights protected by the Charter: the right to human dignity (Article 1), respect for private life and protection of personal data (Articles 7 and 8), non-discrimination (Article 21) and equality between women and men (Article 23). It aims to prevent a chilling effect on the rights to freedom of expression (Article 11) and freedom of assembly (Article 12), to ensure protection of the right to an effective remedy and to a fair trial, the rights of defence and the presumption of innocence (Articles 47 and 48), as well as the general principle of good administration. Furthermore, as applicable in certain domains, the proposal will positively affect the rights of a number of special groups, such as the workers' rights to fair and just working conditions (Article 31), a high level of consumer protection (Article 28), the rights of the child (Article 24) and the integration of persons with disabilities (Article 26). The right to a high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment (Article 37) is also relevant, including in relation to the health and safety of people."

(70) Le considérant n° 57 du DSA décrit ces fameux risques liés à l'importance sur le marché de ces plateformes mais également à leur utilisation de méthodes d'intelligence artificielle. Le premier risque concerne l'ampleur de la diffusion de contenus illicites permis par les plateformes en ligne occupant une place importante sur le marché. Le deuxième risque s'attache à « l'incidence du service sur l'exercice

17. Une politique de développement de l'IA qui s'appuie largement sur le rôle des pouvoirs publics⁽⁷¹⁾ - Le rôle des services publics, prôné par l'UE, en matière de données et d'IA est double. Premièrement, les autorités publiques doivent avoir à cœur la mise sur pied d'instruments tant réglementaires que d'appui au développement par le secteur privé de systèmes d'IA et ce notamment par une politique de financement, d'aide à la recherche, de fiscalité, etc. Deuxièmement, elles doivent promouvoir, en interne cette fois, l'utilisation d'outils d'IA au service de l'intérêt général et des citoyens⁽⁷²⁾. Ainsi, l'Europe se distingue par une politique qui entend combiner les deux rôles des services publics, alors que les Etats Unis se concentrent plus volontiers sur le premier. C'est bien évidemment ce second rôle qui nous intéressera dans les considérations qui suivent.

Le Livre Blanc⁽⁷³⁾, parmi les actions prônées, retient comme essentielle celle d'« ENCOURAGER LE SECTEUR PUBLIC À ADOPTER L'IA » : « Il est essentiel que les administrations publiques, les hôpitaux, les services d'utilité publique et de transport, les autorités de surveillance financière et d'autres domaines d'intérêt public commencent rapidement à déployer dans leurs activités des produits et des services fondés sur l'IA. Les domaines de la santé et des transports, notamment, feront l'objet d'une attention particulière, ... » Le document 'A European Strategy for Data'⁽⁷⁴⁾ approfondit

cette première déclaration en distinguant deux fonctions que le secteur public doit jouer dans le développement de l'intelligence artificielle. Le premier est, dans le cadre d'une politique européenne cohérente de l'« open data », d'être un pourvoyeur de données toujours plus nombreuses, plus accessibles et de meilleure qualité vis à vis des entreprises et des citoyens et, ainsi, de permettre aux premiers cités en particulier de développer des projets d'intelligence artificielle. Le second est, par la mise à disposition, au profit cette fois des autorités publiques, de données venant du secteur privé voire de citoyens. Cette mise à disposition permettra, grâce notamment à l'utilisation d'outils d'intelligence artificielle, à l'administration et, plus largement, au secteur public d'améliorer son activité, la définition de ses stratégies et l'effectivité des réglementations qu'il produit⁽⁷⁵⁾.

La mission du secteur public de mise à disposition de ses données implique l'extension des possibilités d'exploitation des données du secteur public par les entreprises (le G2B). Au-delà de la consécration du principe de l'« open data » par la directive de 2019⁽⁷⁶⁾, la proposition de règlement sur la gouvernance des données⁽⁷⁷⁾ propose d'avancer encore. Il s'agit de permettre la réutilisation des données protégées jusque-là exclues de tout accès. Ainsi, les données à caractère personnel ou protégées par des droits de propriété intellectuelle étaient jusqu'ici exclues de toute possibilité d'accès et d'exploitation. Or l'utilisation de telles données, le cas échéant après pseudonymisation et strict contrôle du respect de la protection des données pourrait être utile à certaines entreprises du secteur privé. Le règlement⁽⁷⁸⁾ entend désormais fixer des conditions préalables à la réutilisation des données.

des droits fondamentaux, tels que protégés par la Charte des droits fondamentaux, y compris la liberté d'expression et d'information, le droit à la vie privée, le droit à la non-discrimination et les droits de l'enfant. De tels risques peuvent découler, par exemple, de la conception des systèmes algorithmiques utilisés par la très grande plateforme en ligne ou de l'usage abusif de ses services par la soumission de notifications abusives ou d'autres méthodes visant à empêcher la liberté d'expression ou à entraver la concurrence. ». Le troisième risque vise l'utilisation des mécanismes mis en place par la plateforme, comme le système de recommandations, afin de manipuler autrui lors d'élections, diffuser des messages intentionnellement erronés qui mettent en danger la santé publique, la démocratie, etc.

(71) Il est essentiel que les administrations publiques, les hôpitaux, les services d'utilité publique et de transport, les autorités de surveillance financière et d'autres domaines d'intérêt public commencent rapidement à déployer dans leurs activités des produits et des services fondés sur l'IA. Les domaines de la santé et des transports, notamment, feront l'objet d'une attention particulière car, dans ces secteurs, la technologie est parvenue à la maturité nécessaire à un déploiement à grande échelle. - Action 6: la Commission entamera des dialogues sectoriels ouverts et transparents, en accordant la priorité aux prestataires de soins de santé et aux opérateurs de service public, afin de présenter un plan d'action pour faciliter le développement, l'expérimentation et l'adoption. Les dialogues sectoriels serviront à élaborer un programme spécifique consacré à l'adoption de l'IA qui soutiendra les marchés publics portant sur des systèmes d'IA et contribuera à transformer les processus de passation de marchés publics proprement dits. (P. 8)

(72) Voir en particulier le texte COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, EU e-Government Action Plan 2016-2020 - Accelerating the digital transformation of Government, Communication 'Artificial Intelligence for Europe' du 25 Avril 2018 : "A strategy on AI for Europe" (repris par le Conseil en juin 2018).

(73) Déjà cité, p. 9

(74) [COM(2020) 66 final], 19 février 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0066>.

(75) A European Strategy for data, op cit.

(76) Directive du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, 2019/1024/UE

(77) Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données), Bruxelles, le 25.11.2020, COM(2020) 767 final 2020/0340(COD)

« L'ouverture des informations détenues par les pouvoirs publics est une politique de longue date de l'UE. Les données ont été produites avec des fonds publics et devraient donc bénéficier à la société. La directive sur les données ouvertes récemment révisée, ainsi que les autres dispositions législatives sectorielles, garantiront que le secteur public mette un plus grand volume des données qu'il produit à la disposition de tous, notamment des PME, mais aussi de la société civile et de la communauté scientifique, dans le cadre d'évaluations indépendantes des politiques publiques. Les pouvoirs publics peuvent cependant aller plus loin. Les ensembles de données de grande valeur ne sont souvent pas disponibles dans les mêmes conditions dans toute l'UE, au détriment de l'utilisation des données par des PME qui ne peuvent faire face financièrement à cette fragmentation. Dans le même temps, les données sensibles (par exemple les données de santé) dans les bases de données publiques ne sont souvent pas mises à disposition à des fins de recherche, en l'absence de capacités ou de mécanismes permettant des actions de recherche spécifiques dans le respect des règles de protection des données à caractère personnel. ».

(78) C'est l'objet du chapitre II du projet de règlement (Exposé des motifs, p. 7) : « Le chapitre II crée un mécanisme de réutilisation de certaines catégories de données protégées du secteur public, qui est subordonné au respect des droits d'autrui (notamment pour des motifs de protection des données à caractère personnel, mais aussi de protec-

Quant à l'autre mouvement mentionné à savoir celui de l'accès par les autorités publiques à des données du secteur privé et plus largement des citoyens, le règlement sur la gouvernance des données⁽⁷⁹⁾ institue une politique plus innovante encore par rapport aux politiques suivies aux Etats-Unis et dans les autres Etats membres de l'OCDE. Il s'agit de mettre en avant l'importance de ce que la Commission appelle les « Données pour le bien public » – B2G et, cette fois, de reconnaître le service public⁽⁸⁰⁾ comme bénéficiaire des données du secteur privé voire des citoyens (B ou C 2 G). Comme le décrit le document stratégique de la Commission, « [l]es données sont créées par la société et peuvent servir à lutter contre les situations d'urgence, telles que les inondations et les feux de forêt, à faire en sorte que les personnes vivent plus longtemps et en meilleure santé, à améliorer les services publics et à lutter contre la dégradation de l'environnement et le changement climatique et à permettre une lutte plus efficace contre la criminalité. Les données générées par le secteur public ainsi que la valeur créée devraient être disponibles pour le bien commun en faisant en sorte, par le recours à un accès préférentiel, que ces données soient utilisées par des chercheurs, d'autres institutions publiques, des PME ou des start-ups. Les données provenant du secteur privé peuvent également apporter une contribution significative au bien public ». On sait que ces réflexions ont abouti fin de l'année 2020 dans un projet de règlement sur la gouvernance des données commenté dans le rapport⁽⁸¹⁾. Elle fait également l'objet de quelques articles dans la proposition de règlement sur l'IA, proposée par la Commission et étudiée plus haut (n°9)⁽⁸²⁾.

tion des droits de propriété intellectuelle et de confidentialité des informations commerciales). Ce mécanisme est sans préjudice de la législation sectorielle de l'UE sur l'accès à ces données et sur leur réutilisation. La réutilisation de ces données ne relève pas du champ d'application de la directive (UE) 2019/1024 (directive sur les données ouvertes). Si les dispositions du présent chapitre ne créent aucun droit de réutilisation de ces données, elles définissent cependant un ensemble de conditions de base harmonisées dont le respect autoriserait une telle réutilisation (l'exigence de non-exclusivité, par exemple). Les organismes du secteur public autorisant ce type de réutilisation devraient être équipés sur le plan technique afin que la protection des données, le respect de la vie privée et la confidentialité soient pleinement préservés. Les Etats membres devront mettre en place un point de contact unique pour aider les chercheurs et les entreprises innovantes à sélectionner des données appropriées, et ils seront tenus de mettre en place des structures qui soutiendront les organismes du secteur public par des moyens techniques et une assistance juridique. »

(79) Sur ce point, le règlement pouvait s'appuyer sur le rapport: Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest, préparé par le High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing, publié par la Commission le 19 février, 2020.

(80) D'où l'expression de 'reverse PSI (Public Sector Information)'

(81) "The initiative aims to make more data available and facilitate data sharing across sectors and Member States in order to leverage the potential of data for the benefit of European citizens and businesses.... With more data available, the public sector can develop better policies, leading to more transparent governance and more efficient public services."

(82) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON

Précisément en ce qui concerne le développement d'applications IA dans le secteur public, le plan stratégique de la Commission, publié le 21 avril 2021⁽⁸³⁾, contient tout un chapitre (le chapitre 14) relatif à son importance. Il rappelle le rôle crucial que cette technologie peut jouer dans l'amélioration du service aux citoyens, souligne le modèle pour le secteur privé que le secteur public peut constituer en développant des systèmes d'IA dignes de confiance et pleinement éthiques et plaide pour des ressources financières et humaines adéquates en la matière⁽⁸⁴⁾. Toujours afin de promouvoir les applications de l'IA dans le secteur public, la Commission prône l'utilisation de mécanismes législatifs dits « bac à sable » (sandbox legislations) lorsqu'il s'agit de développer des systèmes innovants utilisant des méthodes d'IA pour des raisons d'intérêt public. et ce, le cas échéant, en recourant y compris à des données à caractère personnel⁽⁸⁵⁾.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS (SEC(2021) 167 final) - (SWD(2021) 84 final) - (SWD(2021) 85 final), Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 206 final.

(83) ANNEXES to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Fostering a European approach to Artificial Intelligence, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 205 final

(84) "AI applications can contribute to better public services, e.g. by improving citizen-government interaction, enabling smarter analytical capabilities or improving efficiency across public-sector domains and supporting democratic processes. Use of AI systems can bring benefits across all key public-sector activities. Through early adoption of AI, the public sector can be the first mover in adopting AI that is secure, trustworthy and sustainable. For deeper and wider AI uptake to become a reality, Europe's public sector should have access to adequate funding and be equipped, skilled and empowered to conduct strategic and sustainable purchasing and adoption of AI-based systems. The RRF provides an unprecedented opportunity to accelerate the uptake of AI in public administration across Europe through its Modernise flagship which aims at boosting investments and reforms in digitalisation of public administration. " (Annexes to the Communication, citée note précédente, p. 48). Le texte des Annexes promet également une meilleure collaboration entre administrations nationales, annonce le lancement d'un programme (Adopt AI) particulièrement centré sur le lancement de projets AI dans le secteur public et s'attarde à la question des marchés publics collaboratifs et transfrontières, notamment par la création d'un « public procurement data space ». La Commission entend également aider les initiatives des administrations, des cités (villes intelligentes) et des communautés de citoyens, d'une part, en créant des registres d'algorithmes et d'applications dignes de confiance et, d'autre part, « by developing a set of minimal capabilities for algorithms to be used in contract conditions. »

(85) "In the AI regulatory sandbox personal data lawfully collected for other purposes shall be processed for the purposes of developing and testing certain innovative AI systems in the sandbox under the following conditions:

(a) the innovative AI systems shall be developed for safeguarding substantial public interest in one or more of the following areas:

(i) the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security, under the control and responsibility of the competent authorities. The processing shall be based on Member State or Union law;

18. Conclusions – L'observateur s'étonnera du rythme de la mise en place du cadre réglementaire de l'IA au service d'une « troisième voie », définie et initiée par la présidente de la Commission il n'y a pas deux ans. Cet arsenal législatif est considéré comme nécessaire à soutenir le développement d'une IA proprement européenne fondée sur l'excellence et la confiance et qu'il faut à très court terme garantir⁽⁸⁶⁾. Il marque la présence de l'autorité publique au centre de cette politique, d'une part, par la définition de l'encadrement législatif voire administratif et, d'autre part, par le financement de la recherche et par l'utilisation d'applications IA dans le secteur public, au service de ce développement. Le succès de cette troisième voie n'est pas évident. Face aux politiques concurrentes des blocs nord-américain et chinois et face aux géants du marché du numérique auxquels ce cadre réglemen-

taire se confrontera, que pèsera la volonté européenne ? L'expérience du RGPD, pilier central de la politique européenne des données, est-elle à cet égard concluante ? Dès maintenant, certains notent que le poids du cadre réglementaire, les contraintes administratives et la multiplication des organes de contrôle, l'imposition pour nombre d'applications d'une évaluation *ex ante* des risques liés aux applications de l'IA et le poids des responsabilités instituées mettront à mal le désir et la possibilité d'innovations en la matière. D'autres louent la sagesse de l'Europe de vouloir conserver une maîtrise sociétale de cette innovation au service des citoyens et des valeurs de liberté et de démocratie. Sans doute, suis-je de ceux-là et c'est pourquoi, je vous souhaite bon courage et bonne chance, Mme Van der Leyen. ■

(ii) public safety and public health, including disease prevention, control and treatment;

(iii) a high level of protection and improvement of the quality of the environment;

(b) the data processed are necessary for complying with one or more of the requirements referred to in Title III, Chapter 2 where those requirements cannot be effectively fulfilled by processing anonymised, synthetic or other non-personal data;...”

- (86) Il s'agit pour l'Union européenne de jouer un rôle important dans le marché du numérique, grâce à cette politique fondée sur nos compétences en matière d'intelligence artificielle, après avoir perdu en grande partie le marché du Net. Sur les erreurs passées dues à l'absence d'une réactivité de la politique européenne face à l'innovation technologique dans le domaine du numérique, lire Q. JARDON, *Alexandria, Les pionniers oubliés du Web*, Gallimard, 2019.