

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Transparence des algorithmes du secteur public

Degrave, Elise

*Published in:*  
Journal des Tribunaux

*Publication date:*  
2023

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Degrave, E 2023, 'Transparence des algorithmes du secteur public: le coup de pouce de la CADA fédérale', *Journal des Tribunaux*, numéro 6960, pp. 663-666.

#### 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.

S'agissant de la nouvelle « loi féminicide » belge, elle a assurément le mérite d'imposer désormais aux autorités publiques d'utiliser un vocabulaire qui tient compte du fléau sociétal des violences de genre, et spécialement des violences faites aux femmes. La loi est néanmoins aussi le fruit d'un compromis puisqu'elle ne modifie pas le Code pénal et n'ajoute donc pas de nouvelle infraction spécifique de féminicide (ni d'ailleurs d'infraction fondée sur le genre).

En ce qui concerne de la collecte et le traitement des données en matière de féminicide et d'homicide fondé sur le genre, la loi du 13 juillet 2023 crée d'importantes nouveautés sur le plan de leur recensement et de leur analyse, pour lesquelles il conviendra d'apprendre à jongler

habille avec le droit au respect de la vie privée. Ces nouveautés ont essentiellement pour objectif de mieux comprendre les causes, les conséquences et les mécanismes des féminicides et des homicides fondés sur le genre ainsi que leurs tentatives, afin de tâcher de mettre — espérons-le — en œuvre des politiques publiques adéquates de prévention.

Stéphanie WATTIER

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Namur  
Codirectrice du Centre Vulnérabilités et Sociétés

## Vie du droit

# Transparence des algorithmes du secteur public : le coup de pouce de la CADA fédérale

**L**a gouvernance algorithmique, entendue comme le recours à des algorithmes pour mener l'action publique, est une réalité de plus en plus prégnante. Que sait-on de ces algorithmes ? Pas grand-chose, ce qui doit nous inquiéter vu les dégâts qu'ils ont déjà causés à l'étranger. Point positif, dans un récent avis, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) affirme que les algorithmes de lutte contre la fraude sociale sont en principe accessibles au public et que les exceptions à ce principe ne peuvent être invoquées sans justification précise. La CADA rappelle aussi que chacun a notamment le droit de recevoir une explication concernant ces algorithmes, dont la portée doit être bien circonscrite, ce qui devrait retenir l'attention du législateur à l'heure où le Parlement fédéral réforme la loi sur la publicité de l'administration.

Dans l'administration, les humains ne sont plus seuls à décider. Qu'il s'agisse de répartir les élèves dans les écoles secondaires, de contrôler une personne suspectée de fraude, de confronter la consommation d'eau dans le logement d'un chômeur à la composition de sa famille pour traquer les domiciliations fictives, une partie parfois substantielle de ces décisions administratives est aujourd'hui déléguée à un algorithme<sup>1</sup>.

Qui crée ces algorithmes ? Selon quels critères ? Sont-ils conformes au droit ? En pratique, comment s'assure-t-on qu'ils ne conduisent pas à des décisions injustes ?

À peu de chose près, on n'en sait rien. Le cas d'OASIS<sup>2</sup> et de son successeur BDAP<sup>3</sup> est éloquent. Il s'agit d'outils de lutte contre la fraude sociale qui recourent à des algorithmes pour identifier, parmi une masse de données croisées les unes avec les autres, les employeurs suspectés de fraude sociale. S'agissant de ces algorithmes, aucune information n'est accessible en ligne et, à en lire l'avis de la CADA, en obtenir la copie se heurte à un refus de l'ONSS. Il faut donc constater que ces algorithmes de profilage sont maintenus secrets.

La situation est préoccupante, quand on s'aperçoit que les mêmes types d'algorithmes créent des scandales d'État à l'étranger. Chez nous, à l'heure où le Parlement révisé la loi sur la publicité de l'administration, les algorithmes se font une petite place dans un amendement proposé *in extremis*. Malheureusement, cela risque d'être insuffisant au regard des enjeux.

Un récent avis de la CADA confirme que la situation problématique. Reste à espérer un sursaut législatif et exécutif avant que la Belgique ne suive ses voisins sur le terrain des scandales algorithmiques.

## 1 Pourquoi se préoccuper de la transparence des algorithmes ?

Au-delà de leur apparente neutralité, des paramètres algorithmiques par essence invisibles peuvent être défaillants et causer, en pratique, des discriminations et des conséquences humaines dommageables. C'est ce qu'ont révélé plusieurs scandales à l'étranger, lorsqu'on a découvert que certains algorithmes de l'État étaient racistes, sexistes et « anti-pauvres ». Il s'agissait d'algorithmes du même type que ceux d'OASIS et BDAP en Belgique.

Aux Pays-Bas, l'utilisation d'« algorithmes racistes »<sup>4</sup> dans la lutte contre la fraude aux allocations familiales a provoqué des conséquences humaines désastreuses (divorces, suicide, enfants placés en famille d'accueil). Ce scandale a fait chuter le gouvernement, le 15 janvier 2021<sup>5</sup>. Et l'affaire SYRI (SYRI étant un outil comparable à

(1) Un algorithme peut être défini comme un ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au

moyen d'un nombre fini d'opérations (Dictionnaire Larousse). Par exemple, une notice de montage Ikea est un algorithme, tout comme une recette de

cuisine.

(2) Organisation anti-fraude des services d'inspection sociale.

(3) Big Data Analytics Platform.

(4) <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>.

(5) Voy. not. Scandale des allocations

OASIS) a donné lieu à la condamnation de l'État néerlandais en raison de l'utilisation d'algorithmes liberticides et trop peu transparents<sup>6</sup>.

En France, les algorithmes de la Caisse d'allocations familiales, utilisés pour lutter contre la fraude aux allocations, sont actuellement sous les feux de la rampe, accusés de cibler en priorité les plus précaires, en particulier les mères célibataires en situation de pauvreté<sup>7</sup>.

Comment est-ce possible ? En somme, un algorithme n'est pas un objet neutre. Il est créé par un être humain, appelé « développeur d'algorithme », chargé de traduire des règles juridiques en code informatique. Or, les règles juridiques ne sont pas faites pour être codées<sup>8</sup>. Le développeur doit donc poser un choix, selon ses propres sensibilités et/ou les instructions qui lui sont données, qui peuvent, même involontairement, conduire à des discriminations. C'est le cas, par exemple, si l'algorithme cible en priorité les noms à consonnance étrangère, comme cela s'était produit aux Pays-Bas dans le scandale des allocations familiales. D'où l'intérêt de pouvoir vérifier comment sont paramétrés ces algorithmes impactent une grande catégorie de la population<sup>9</sup>.

C'est pourquoi, en Belgique, le secret qui entoure actuellement les algorithmes d'OASIS et de BDAP est préoccupant. Et s'ils avaient eux aussi un impact discriminatoire sur la population ? C'est pour résoudre ce type de question qu'il importe de vérifier s'il est possible, en Belgique, d'obtenir l'accès à un algorithme en vertu de la loi du 11 avril 1994 sur la publicité de l'administration<sup>10</sup>.

## 2 Un algorithme est-il accessible en vertu de la loi sur la publicité de l'administration ?

Pour la première fois, dans un avis du 13 juillet 2023<sup>11</sup>, la CADA répond à cette question.

En amont de cet avis, en avril 2023, Madame X demande à l'ONSS « la copie totale ou partielle des algorithmes utilisés dans OASIS et son successeur » ainsi que plusieurs documents en lien avec ceux-ci. L'ONSS refuse de communiquer « les documents contenant les formules mathématiques utilisées », invoquant l'intérêt financier de l'État<sup>12</sup>. Les autres documents demandés sont inexistantes ou sont des documents assez généraux et/ou touffus<sup>13</sup>.

Madame X sollicite alors l'avis de la CADA qui doit trancher deux questions. D'une part, un algorithme est-il un document administratif ? D'autre part, dans l'affirmative, l'ONSS peut-il se prévaloir d'une exception pour refuser l'accès à celui-ci ?

### A. Un algorithme est-il un document administratif ?

Comme le rappelle la CADA<sup>14</sup>, la notion de « document administratif » consacrée par la loi sur la publicité de l'administration s'entend de manière large, comme « toute information, sous quelque forme que ce soit, dont une autorité administrative dispose »<sup>15</sup>, peu

importe son contenu — un texte, un code... — et peu importe son support — papier, numérique...

Il ressort de l'avis précité que l'ONSS dispose de « documents contenant les formules mathématiques utilisées »<sup>16</sup>, ces formules étant les algorithmes d'OASIS et BDAP.

Ainsi donc, selon la CADA, « dans la mesure où la demande porte sur des documents administratifs existant, l'article 32 de la Constitution et de la loi du 11 avril 1994 consacrent le principe du droit d'accès à tous les documents administratifs »<sup>17</sup>. Bien que la CADA ne l'affirme pas explicitement, il résulte de son raisonnement et de l'avis dans son ensemble que les documents de l'ONSS qui contiennent lesdits algorithmes sont des documents administratifs soumis au principe du droit d'accès. Cette affirmation va d'ailleurs dans le sens du Conseil d'État, qui a déjà qualifié de document administratif le code source<sup>18</sup> d'un logiciel de vote électronique utilisé par l'État<sup>19</sup>.

De cette qualification juridique découlent plusieurs droits pour le citoyen à savoir un droit de regard sur ces documents, un droit d'en obtenir une copie ainsi qu'un droit à une explication, comme le souligne la CADA<sup>20</sup>.

Ce droit à une explication est particulièrement important dans le contexte de la gouvernance algorithmique qui voit le pouvoir de l'administration renforcé par des outils technologiques dont le (dys)fonctionnement est invisible et de plus en plus difficile à comprendre. Pour éviter que se développe une administration toute-puissante et hors la loi, il importe donc de veiller à ce que le citoyen puisse garder une prise sur l'administration, pour la comprendre et la contrôler. Dans ce contexte, une exigence de « redevabilité », fondée notamment sur le régime de la transparence administrative, s'impose au secteur public, selon laquelle « les administrations qui mettent en œuvre des traitements algorithmiques pour prendre leurs décisions, doivent rendre des comptes, ou du moins, être en mesure de le faire »<sup>21</sup>.

Mais, concrètement, en quoi consiste le fait d'expliquer un document contenant un algorithme ?

Le droit à l'explication des documents en général consiste en ce que « l'administration exprime dans un langage simple ce qui figure dans un document administratif particulier »<sup>22</sup>. Mais, comme la CADA le rappelle en l'espèce, cela ne peut contraindre « une administration fédérale à fournir des informations qui vont au-delà d'un document administratif particulier »<sup>23</sup>.

Quant à la raison d'être de ce droit, le législateur a voulu permettre la compréhension réelle des documents, car « dans la plupart des cas, la publicité sans explication resterait lettre morte en raison du caractère administratif du langage utilisé ou de la technicité des documents »<sup>24</sup>. Cet objectif de compréhension au-delà de la technicité prend tout son sens dans le contexte de l'administration algorithmique même s'il implique que les agents de l'administration soient capables d'expliquer au public les outils qu'ils utilisent, de manière pédagogique, en étant formé pour ce faire<sup>25</sup>.

Quels éléments doivent figurer dans cette explication pour atteindre l'objectif visé ? En somme, ce qui intéresse le citoyen et en particulier le juriste, ce n'est pas tant la formule elle-même (qui seule est incom-

familiales aux Pays-Bas, racisme institutionnel et algorithmes, Question à la Commission, 28 juin 2022 accessible ici [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2022-000028\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2022-000028_FR.html).

(6) Rechtbank Den Haag, *NJCM & c.s. c. De Staat der Nederlanden*, C/09/550982/ HA ZA 18/388, 5 février 2020 accessible en ligne ici : <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RB-DHA:2020:865>.

(7) La Quadrature du net, « CAF : le numérique au service de l'exclusion et du harcèlement des plus précaires », 19 octobre 2022, accessible ici : <https://www.laquadrature.net/2022/10/19/caf-le-numerique-au-service-de-lexclusion-et-du-harcèlement-des-plus-precaires/>.

(8) Sur cette question, voy.

N. A. SMUHA, *The Algorithmic Levi-*

*than and the Rule of Law*, KuLeuven, décembre 2022, pp. 196 et s.

(9) Au sujet de différents types d'algorithmes du secteur public, voy. M. EVRARD, « The right to Access Administrative Documents in the Algorithmic Era : Analysis from a Belgian Law Perspective », *Annales de Droit de Louvain*, 2021, p. 475.

(10) Ci-après « loi sur la publicité de l'administration ».

(11) Avis n° 2023-104 du 13 juillet 2023 concernant le refus de donner accès aux documents contenant les algorithmes utilisés dans l'outil Big Data Analytics Platform (BDAP) par l'ONSS. Ci-après « Avis commenté ».

(12) Sur cette exception, *cf. infra*.

(13) Dans la présente analyse, on se concentre sur la transparence des documents contenant les algorithmes.

(14) Avis commenté, n° 3.1.

(15) Article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, 2<sup>o</sup>, de la loi

du 11 avril 1994).

(16) Avis commenté, n° 1.4 *in fine*.

(17) Avis commenté, n° 3.3.

(18) À noter qu'un algorithme est intégré dans un code source pour être exécutable par un ordinateur.

(19) CE, arrêt *Antoun*, n° 95.677, du 21 mai 2001. Au sujet de cet arrêt, voy. D. DE ROY, « L'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé », *in*

D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 831.

(20) Avis commenté, n° 3.2.

(21) E. UNTERMAIER-KERLEO,

« L'éthique de la décision administrative algorithmique », *in Vers un droit de l'algorithme ?*, Paris, Mare&Martin, 2022, p. 140. Dans le même sens, Etalab, *Les algorithmes publics : enjeux et obligations*, guide accessible ici <https://guides.etalab.gouv.fr/>

<https://guides.etalab.gouv.fr/>

algorithmes/guide/#\_1-a-quoi-servent-les-algorithmes-publics.

(22) CADA, avis n° 2020-14, concernant des informations quant à l'affirmation de la position du SPF Finances, p. 3.

(23) Avis commenté, n° 3.2.

(24) Projet de loi relatif à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1996-1997, n° 971/1, p. 6.

(25) Pour de plus amples développements à ce sujet, en lien notamment avec les marchés publics, D. DE ROY, « L'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé », *in* D. RENDERS (dir.), *L'accès aux documents administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2008 pp. 849-851.

préhensible des non spécialistes) que la « carte d'identité » de chaque algorithme de l'État, pour évaluer son risque discriminatoire, par exemple. C'est l'idée que chaque citoyen curieux devrait pouvoir aisément trouver des informations comme le nom de l'algorithme, son but, sa base légale, ses créateurs, les instructions éventuellement données par des responsables politiques et lesquels, les données auxquelles il s'applique, la manière dont il fonctionne, etc.

Or, en l'occurrence, Madame X est bredouille. Les formules mathématiques lui sont refusées. Quant aux autres éléments de la carte d'identité de l'algorithme, une partie au moins de ceux-ci pourrait vraisemblablement se trouver dans l'analyse d'impact censée évaluer les conséquences concrètes des outils OASIS et BDAP sur les droits humains, notamment. Ce document a été demandé mais l'ONSS répond qu'il n'existe pas. À l'heure où nombre d'entreprises et d'administrations s'attellent à effectuer minutieusement ces analyses, il est préoccupant que l'ONSS n'effectue pas d'analyse d'impact spécifique pour ces deux outils de profilage de la population, comme l'impose pourtant l'article 35 du RGPD pour les outils de « profilage » des personnes sur la base desquels « sont prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire »<sup>26</sup>. Cette situation souligne encore davantage l'importance de mettre en lumière les algorithmes utilisés dans ces outils. Nous y reviendrons.

## B. L'administration peut-elle refuser de communiquer un algorithme ?

En l'occurrence, l'ONSS refuse l'accès aux algorithmes d'OASIS et BDAP en ces termes : « nous ne communiquons pas de documents contenant des formules mathématiques utilisées, vu qu'en application de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, leur publicité ne l'emporte pas sur un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public, plus précisément l'intérêt qu'a l'ONSS à recevoir les cotisations sociales qui lui sont dues de droit. La publicité des formules mathématiques utilisées [dans OASIS et BDAP] peut porter dommage à la lutte contre la fraude sociale. La divulgation par vous de ces formules pourrait à terme apprendre aux employeurs des secteurs à risque à masquer les comportements considérés comme des signaux de fraude »<sup>27</sup>.

La CADA confirme que l'ONSS peut refuser l'accès à un document administratif à la condition de se prévaloir d'une des exceptions figurant à l'article 6 de la loi sur la publicité de l'administration, comme la protection de l'intérêt économique et financier de l'État. Elle ajoute toutefois que « l'ONSS doit concrètement démontrer que les informations contenues dans les algorithmes demandés pourraient porter atteinte à un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public »<sup>28</sup>. Et d'estimer que les explications de l'ONSS ne constituent pas une « motivation (...) suffisamment concrète. En particulier, le lien que l'ONSS établit entre la divulgation des formules mathématiques et le dommage à la lutte contre la fraude sociale doit être explicité, sous peine de permettre à toute autorité de refuser in abstracto toute communication afférente à des formules mathématiques »<sup>29</sup>.

En d'autres termes, l'ONSS doit expliquer pour quelle raison concrète la communication du document contenant l'algorithme est refusée. Le risque de « masquer les comportements considérés comme des signaux de fraude »<sup>30</sup> n'est pas suffisant pour la CADA. Cette exigence de motivation concrète est susceptible de rejoindre le devoir d'explication du document en ce sens que l'ONSS devra, en partie du moins, expliquer comment fonctionne concrètement l'algorithme pour être en mesure de justifier le refus de communiquer la copie de celui-ci. Par ailleurs, un lien peut être fait aussi avec l'article 6, § 4, de la loi du 11 avril 1994 qui impose de communiquer la partie du document qui n'est pas couverte par une exception. Si le document en question contient des informations relatives à l'algorithme, comme l'identité de son auteur par exemple, ces informations devraient donc être communiquées si elles ne sont pas couvertes par une exception légale.

Par ailleurs, on s'étonne que l'ONSS refuse la publicité de l'algorithme au motif qu'il importe de ne pas donner aux fraudeurs potentiels les « signaux de fraude ». Ces signaux de fraude ne découlent-ils pas de la législation relative à la lutte contre la fraude sociale ? S'ils ne sont pas encadrés par le législateur, par qui le sont-ils ? Et n'est-ce pas inquiétant que, s'ils ne sont pas dans la loi, ils soient maintenus secrets par l'administration ? Qui est alors en mesure de les contrôler ? Par exemple, une recherche internet révèle que l'outil BDAP est créé par Deloitte Consulting<sup>31</sup>. Sont-ce ces consultants qui définissent ces signaux ? L'exigence de publicité et d'explication des algorithmes apparaît alors non seulement comme un outil d'information du citoyen, mais aussi comme un outil de contrôle du respect, par l'administration, de l'exigence de légalité de son action.

## 3 Que faire ?

À notre connaissance, l'ONSS n'a pas encore donné suite à cet avis de la CADA. C'est dire combien l'accès à des algorithmes du secteur public relève du parcours du combattant. Or, ces formules mathématiques déterminantes dans l'action publique doivent être contrôlables sans embûches, d'autant que leur impact est appelé à se renforcer au gré de la multiplication, dans le secteur public, des outils d'intelligence artificielle qui ne peuvent fonctionner sans eux.

Au moins deux pistes d'action peuvent ainsi être envisagées.

D'une part, *in abstracto*, si nul n'est censé ignorer la loi qui est publiée, nul n'est censé connaître les algorithmes qui sont cachés. Il importe donc d'encourager la publicité active de la « carte d'identité des algorithmes », sur le site des administrations concernées. Cela faciliterait les démarches du citoyen curieux et allégerait la charge des administrations qui n'auraient pas à répondre aux demandes individuelles. Dans le même temps, cela encouragerait un contrôle démocratique des algorithmes, par exemple dans le cadre d'une commission parlementaire.

La ville d'Amsterdam par exemple, agit en ce sens en proposant, en ligne, un registre public des algorithmes utilisés par la ville<sup>32</sup>. En Belgique, dans le cadre de l'actuelle révision de la loi sur la publicité de l'administration, un amendement déposé le 12 juin 2023 est formulé en ces termes : « les instances administratives fédérales mettent à disposition du grand public, par voie électronique : 1<sup>o</sup> un document permettant au citoyen de comprendre quels algorithmes (IA) sont utilisés par l'instance et de quelle manière, en particulier lorsque ces algorithmes sont utilisés pour des décisions qui affectent le citoyen »<sup>33</sup>. Cette initiative est intéressante, mais gagnerait à être précisée pour encourager son effectivité. Par exemple, il conviendrait de préciser ce que l'on entend par « décisions qui affectent le citoyen » et de supprimer la référence l'IA dans la mesure où un algorithme existe aussi en dehors des outils d'IA. Plus encore, la publication des éléments qui composent la carte d'identité de l'algorithme devrait être imposée aux administrations. Rappelons qu'il s'agit en principe du nom de l'algorithme, son objectif, sa base légale, ses créateurs, les instructions politiques données pour sa confection, les données auxquelles il s'applique, son mode de fonctionnement et sa formule.

D'autre part, *in concreto*, lorsqu'un algorithme a été utilisé dans la prise de décision individuelle, la personne concernée doit le savoir, pour comprendre l'ensemble des éléments ayant conduit à la décision qui s'applique à elle et les contester, le cas échéant. À cet égard, la solution française est intéressante, qui dispose que toute personne faisant l'objet d'une « décision individuelle prise sur base d'un traitement algorithmique » peut demander à connaître « le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision », « les données traitées et leurs sources », « les paramètres de traitement et (...) leur pondération », ainsi que « les opérations effectuées par le traitement »<sup>34</sup>.

(26) Pour plus de détails, voy. Groupe de l'Article 29, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment*, 13 octobre 2017, wp248, spec. p. 13.  
(27) Avis commenté, n° 1.4 *in fine*.  
(28) *Ibidem*, n° 3.5.

(29) *Ibidem*, n° 3.7.  
(30) *Ibidem*, n° 3.6.  
(31) Plus d'infos ici : <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:303317-2018:TEXT:FR:HTML>. L'outil BDAP a été attribué à Deloitte Consulting pour un montant de 6.750.000 EUR.

(32) <https://algorithmeregister.amsterdam.nl/en/ai-register/>.

(33) Chambre, « Projet de loi modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et abrogeant la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'admini-

nistration dans les provinces et les communes », *Doc. parl.*, session 2022-2023, Doc 55 3217-003, p. 2.  
(34) Article 1<sup>er</sup> du décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le

En ce sens, une proposition de loi belge datée du 6 avril 2021, impose de communiquer à la personne concernée « les caractéristiques de l'algorithme » utilisé dans une décision administrative la concernant. On s'étonne que dans les débats actuels en la matière, cette proposition de loi n'ait pas encore été prise en compte<sup>35</sup>.

Ces deux pistes constituent une condition nécessaire, bien que non suffisante<sup>36</sup>, pour un réel contrôle démocratique de la gouvernance al-

gorithmique dont l'urgence se fait sentir au vu de leur importance dans l'action publique et des situations graves révélées à l'étranger.

Elise DEGRAVE<sup>37</sup>

Professeure à la Faculté de droit de l'UNamur  
Directrice de recherches au NADI/CRIDS

fondement d'un traitement algorithmique.

(35) Chambre, « Proposition de loi modifiant la loi relative à la publicité de l'administration du 11 avril 1994 afin d'introduire une plus grande transparence dans l'usage des algo-

rithmes par les administrations », *Doc. parl.*, sess. 2020-2021, Doc 55 1904/001, p. 1

(36) D'autres mesures devraient être prises. Par exemple, une « Afsca des algorithmes » devrait être créée, comme nous l'évoquions dans cette

revue il y a quelques mois (E. DEGRAVE, « Réveiller le droit à l'égalité dans la stratosphère numérique », *J.T.*, 2023, pp. 89-91).

(37) L'auteure remercie Benoit Freney, professeur à la Faculté d'informatique de l'UNamur, et Florian

Jacques, assistant et doctorant à la Faculté de droit et au NADI/CRIDS pour les échanges passionnants. Toutefois, les idées et opinions de cet article n'engagent qu'elle-même.

## Jurisprudence

### RACISME ET XÉNOPHONIE

- Incitation à la haine (art. 4, 4<sup>o</sup>, et 20, 4<sup>o</sup>, L. du 30 juillet 1981)
- Calomnie et diffamation (art. 444 C. pén.)
- Condition de publicité
- Élément moral
- Partage d'une vidéo contenant des propos haineux sur un réseau social

Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 4 octobre 2023

Siég. : J. de Codt (prés.), F. Roggen (rapp.), E. de Formanoir, F. Stévenart Meeûs et I. de la Serna.

Min. publ. : D. Vandermeersch (av. gén.).

Plaid. : MM<sup>es</sup> J.-P. Reynders et Ch. Devillers.

(M. T. c. Enseignement Wallonie Bruxelles — RG n<sup>o</sup> P.23.0627.F).

*L'article 444 du Code pénal prévoit notamment la circonstance que l'infraction a été commise au moyen d'écrits, imprimés ou non, distribués ou exposés au regard du public. Le juge apprécie de manière souveraine, à la lumière des éléments concrets de la cause, si une communication constitue une distribution ou une exposition au sens de cette disposition. Le partage d'une vidéo relayant un prêche sur un réseau social disponible à un certain public répond au prescrit de l'article 444, alinéa 5, relatif à la diffusion et à la publicité.*

*En énonçant qu'en assurant une publicité, sans la moindre nuance, à un discours haineux et violent à l'égard du peuple juif, le prévenu a adopté intentionnellement et en pleine connaissance de cause un comportement qui incite à la haine, alors qu'il était en mesure, notamment par sa forma-*

*tion et sa parfaite maîtrise de l'arabe, de percevoir toutes les nuances des propos incriminés, l'arrêt attaqué répond à la contestation du prévenu soutenant l'absence de tout élément intentionnel, sans confondre l'intention de rendre la vidéo publique et le caractère intentionnel de l'infraction d'incitation à la haine.*

#### I. La procédure devant la Cour.

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu le 29 mars 2023 par la cour d'appel de Liège, chambre correctionnelle. [...]

#### II. La décision de la Cour.

**A. En tant que le pourvoi est dirigé contre la décision rendue sur l'action publique.**

[...]

*Sur le deuxième moyen.*

Le moyen est pris de la violation des articles 149 de la Constitution, 444 du Code pénal et 4, 4<sup>o</sup>, et 20, 4<sup>o</sup>, de la loi du 30 juillet 1981 réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

Le demandeur reproche à la cour d'appel de ne pas avoir précisé en quoi le partage d'une vidéo sur le réseau social « Facebook » constituait l'une des circonstances visées par l'article 444 du Code pénal.

L'article 444 dudit code prévoit notamment la circonstance que l'infraction a été commise au moyen d'écrits, imprimés ou non, distribués ou exposés au regard du public.

Le juge du fond apprécie de manière souveraine, à la lumière des éléments concrets de la cause, si une communication constitue une distribution ou une exposition au sens de cette disposition.

Les juges d'appel ont constaté que le demandeur a admis avoir partagé la vidéo incriminée sur le réseau social, et ils ont incriminé

que la diffusion de cette vidéo par Internet constitue une des circonstances de publicité visées à l'article 444 précité.

En tant qu'il revient à contester l'appréciation en fait des juges d'appel, le moyen est irrecevable.

Pour le surplus, le partage d'une vidéo relayant, comme en l'espèce, un prêche sur un réseau social disponible à un certain public, répond au prescrit de l'article 444, alinéa 5, relatif à la diffusion et à la publicité.

Dès lors, sur la base du constat que le demandeur avait partagé la vidéo litigieuse sur le réseau social « Facebook », les juges d'appel ont légalement justifié leur décision.

À cet égard, le moyen ne peut être accueilli.

*Sur le troisième moyen.*

Le moyen est pris de la violation des articles 149 de la Constitution et 4, 4<sup>o</sup>, et 20, 4<sup>o</sup>, de la loi du 30 juillet 1981 réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

Il est reproché à l'arrêt de ne pas répondre aux conclusions du demandeur contestant tout élément intentionnel, et de confondre cet élément avec l'acte consistant à partager le support visuel litigieux.

L'arrêt énonce qu'en assurant une publicité, sans la moindre nuance, à un discours haineux et violent à l'égard du peuple juif, le demandeur adopte intentionnellement et en pleine connaissance de cause un comportement qui incite à la haine, alors que le demandeur était en mesure, notamment par sa formation et sa parfaite maîtrise de l'arabe, de percevoir toutes les nuances des propos incriminés.

Cette considération répond à la contestation du demandeur sans confondre l'intention de rendre la vidéo publique et le caractère intentionnel de l'infraction d'incitation à la haine.

Le moyen ne peut être accueilli.

[...]

*[Dispositif conforme aux motifs.]*