

## **Délibération n° 2017-023 du 16 février 2017 portant avis sur un projet de décret relatif aux modalités de communication des règles et caractéristiques des traitements algorithmiques.**

(demande d'avis n° AV 16027392)

La Commission nationale de l'informatique et des libertés,

Saisie par le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, pour le compte du Premier ministre, d'une demande d'avis concernant un projet de décret relatif aux modalités de communication des règles et caractéristiques des traitements algorithmiques ;

Vu la convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ;

Vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ;

Vu le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE ;

Vu le code des relations entre le public et l'administration, notamment ses articles L. 300-2, L. 311-3-1, L. 311-5 et L. 311-6 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, notamment son article 11-4°-a) ;

Vu la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, notamment son article 4 ;

Vu le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 modifié pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

Après avoir entendu M. Philippe LEMOINE, commissaire, en son rapport, et Mme Nacima BELKACEM, commissaire du Gouvernement, en ses observations,

### **Émet l'avis suivant :**

La Commission a été saisie d'un projet de décret en Conseil d'Etat portant application des dispositions de l'article L. 311-3-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Ces dispositions, introduites par l'article 4 de la loi du 7 octobre 2016 susvisée, prévoient, d'une part, qu'« *une mention explicite* » doit être portée sur toute décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique afin d'en informer l'intéressé et, d'autre part, que « *les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande* ». Le présent projet de décret vise à préciser quel doit être le contenu exact de cette mention explicite ainsi que les règles et caractéristiques des traitements algorithmiques qui doivent être communiquées à l'administré.

L'article L. 311-3-1 du CRPA concerne toutes les décisions individuelles des administrations ou personnes mentionnées à l'article L. 300-2 du CRPA prises sur le fondement d'un traitement algorithmique. Sont ainsi concernés les personnes morales comme les personnes physiques, ainsi que tous les traitements algorithmiques utilisés par les administrations dans l'accomplissement de leurs missions de service public, qu'ils constituent ou non des traitements de données à caractère personnel soumis à la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

Néanmoins, dès lors que les décisions administratives individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique concernent des personnes physiques, elles reposent nécessairement sur un traitement de données à caractère personnel. Le présent projet de décret concerne ainsi directement la protection des données personnelles et doit dès lors être soumis à l'avis de la Commission, conformément à l'article 11-4°-a) de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

A titre liminaire, la Commission relève que les traitements algorithmiques occupent une place de plus en plus importante dans les décisions des organismes privés ou publics concernant des personnes. Cette utilisation croissante des algorithmes doit s'accompagner d'une meilleure protection des personnes et d'une plus grande transparence à leur égard.

En ce qui concerne les personnes physiques, plusieurs dispositions de la loi du 6 janvier 1978 modifiée concourent déjà à ces exigences. Ainsi, l'article 10 dispose qu'aucune décision produisant des effets juridiques ne peut être prise sur la seule base d'un traitement automatisé de données destiné à établir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité. L'article 39-I-5° prévoit que toute personne physique a le droit, au titre de son droit d'accès, d'interroger le responsable d'un traitement en vue d'obtenir « *les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé* ».

Dans ce cadre, la loi du 7 octobre 2016 a renforcé les droits des individus à l'égard des traitements algorithmiques mis en œuvre par les administrations. Outre la publication en ligne des règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés par les administrations, prévue par l'article L. 312-1-3 du CRPA, les dispositions législatives que le présent projet de décret vient préciser ont ainsi pour objet de renforcer l'information des personnes concernées sur la mise en œuvre de tels traitements et de créer un nouveau droit de recevoir communication des règles et caractéristiques de ces derniers.

Ces dispositions sont ainsi destinées à assurer la transparence publique et l'information des personnes concernées à l'égard des traitements algorithmiques, qui constituent des objectifs partagés par la Commission.

La Commission estime néanmoins que le champ d'application de l'article L. 311-3-1 du CRPA ainsi que l'articulation entre le droit de communication qui y est prévu et le droit d'accès prévu par la loi du 6 janvier 1978 modifiée ne sont pas suffisamment clairs. Elle considère dès lors que toute mesure doit être prise, au niveau réglementaire, pour assurer l'effectivité de ces droits accordés aux citoyens, notamment en cas de refus de l'administration de fournir les règles définissant le traitement algorithmique et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre.

A cet égard, la Commission estime que le projet de décret doit être modifié afin de mieux remplir ces objectifs. En particulier, les dispositions du projet de décret devraient être clarifiées afin de distinguer précisément le droit d'obtenir la communication d'un document administratif, régi par les dispositions du CRPA, du droit d'accès des personnes physiques aux données à caractère personnel les concernant et à certaines informations, résultant de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Cette clarification s'inscrirait de surcroît dans le droit fil des dispositions des articles 25 à 27 de la loi du 7 octobre 2016, qui entendent favoriser une articulation plus claire des modalités d'intervention de la CNIL et de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA).

Plus précisément, les dispositions du projet de décret appellent les observations suivantes de la part de la Commission, qui portent uniquement sur les dispositions applicables aux personnes physiques.

### **Sur la mention explicite devant figurer sur toute décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique**

L'article L. 311-3-1 du CRPA prévoit que, sous réserve de ne pas porter atteinte à certains secrets ou intérêts publics prévus par l'article L. 311-5-2° du même code, tels que, par exemple, le secret de la défense nationale, la sûreté de l'Etat, la sécurité publique, la sécurité des personnes ou la sécurité des systèmes d'information des administrations, les décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique doivent comporter une mention explicite en informant l'intéressé.

Le projet d'article R. 311-3-1-1 du CRPA précise les éléments devant figurer au titre de cette mention explicite. Il est ainsi prévu de mentionner la finalité du traitement algorithmique, qui permet à la personne concernée de savoir, d'une part, qu'il fait l'objet d'un tel traitement et, d'autre part, de comprendre l'objectif principal poursuivi par celui-ci. Il est en outre prévu de mentionner les droits dont la personne dispose sur le fondement de l'article L. 311-3-1 du CRPA, c'est-à-dire du droit d'obtenir de l'administration la communication des règles définissant ce traitement ainsi que des principales caractéristiques de sa mise en œuvre, et des modalités d'exercice de ce droit.

La Commission estime que ces éléments, qui permettent une information claire et spécifique des intéressés, concourent à l'objectif de transparence poursuivi par le Législateur en matière de traitement algorithmique fondant une décision individuelle de l'administration. Ils sont en outre de nature à renforcer l'effectivité de ce nouveau droit de communication.

Elle rappelle néanmoins que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet d'exclure l'application de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée relatif à l'obligation d'information des personnes concernées par les responsables de traitement. Ainsi, les administrations doivent, en tout état de cause, informer les personnes concernées de l'ensemble des éléments mentionnés à cet article lors de la collecte de toute donnée à caractère personnel relative aux usagers.

La Commission rappelle en outre que cette obligation sera renforcée par l'application du règlement du 27 avril 2016, qui prévoit, s'agissant des décisions individuelles automatisées, que l'information préalable des personnes concernées doit également porter sur les informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement.

En outre, il est prévu d'indiquer dans la mention explicite précitée les droits que la personne tient, le cas échéant, de l'article 39-I-5° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Ce droit d'accès ne s'applique en effet que lorsqu'une décision individuelle de l'administration prise sur le fondement d'un traitement algorithmique concerne une personne physique. L'intéressé peut alors obtenir, au titre de son droit d'accès aux données à caractère personnel prévu par la loi « Informatique et Libertés », *« les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à son égard »*.

Si cette référence explicite aux dispositions de l'article 39-I-5° de la loi du 6 janvier 1978 précitée permet une meilleure information des personnes concernées et participe ainsi de la protection des droits qu'elles détiennent en matière de décision individuelle automatisée, la Commission rappelle toutefois que le droit d'accès prévu par l'article 39 de la loi « Informatique et Libertés » a une portée plus générale et permet d'accéder à de plus nombreuses informations, en particulier aux données à caractère personnel qui font l'objet du traitement. Elle estime dès lors que la mention informative devrait être complétée sur ce point.

### **Sur les informations qui doivent être communiquées à l'intéressé qui en fait la demande**

L'article L. 313-3-1 du CRPA prévoit que les règles définissant tout traitement algorithmique ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. Cette disposition complète celle qualifiant les codes sources de documents administratifs et impose ainsi à l'administration de fournir des explications complémentaires permettant une meilleure compréhension de l'algorithme, sans que soient nécessaires des compétences techniques en codage informatique.

Dans ce cadre, le présent projet de décret prévoit que, sous réserve des articles L. 311-5 (secrets ou intérêts publics) et L. 311-6 (protection de la vie privée, du secret médical et du secret en matière commerciale et industrielle) du CRPA, l'administration doit, en cas d'exercice du droit prévu à l'article L. 311-3-1 du CRPA, fournir à l'intéressé *« les informations lui permettant de connaître de manière intelligible, complète et loyale au regard des finalités poursuivies par le traitement, la logique qui sous-tend ce dernier »*.

Au titre de ces informations, le projet de décret prévoit que l'administration doit, entre autres, fournir à l'intéressé des éléments propres à sa situation : les différents paramètres et leur pondération appliqués à la situation de l'intéressé et les données faisant l'objet du traitement algorithmique. La Commission souligne que ces éléments relèvent directement du champ d'application de l'article 39 de la loi « Informatique et Libertés », et non du droit de communication d'un document administratif.

Elle estime en effet que le législateur, en adoptant les dispositions de l'article L. 311-3-1 du CRPA, inséré dans le titre 1<sup>er</sup> du CRPA consacré au droit d'accès aux documents administratifs, a consacré un nouveau type de document administratif établissant les règles définissant le traitement algorithmique et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre. En revanche, le droit de recevoir communication d'un tel document ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de se substituer au droit d'accès, plus large, prévu par l'article 39 de la loi « Informatique et Libertés », applicable à tout traitement de données à caractère personnel.

Dès lors, elle demande à ce que les éléments propres à la situation de l'intéressé soient retirés de la liste des informations permettant de connaître la logique qui sous-tend un traitement algorithmique, afin que soit établie une articulation claire entre l'exercice du droit d'accès et celui du droit de communication résultant de l'article L. 311-3-1 du CRPA.

Une telle rédaction permettrait ainsi d'assurer que ce nouveau droit de communication ne concerne que les règles et caractéristiques générales de mise en œuvre d'un traitement algorithmique, et que le droit d'accès prévu par l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée concerne ces mêmes règles et caractéristiques, ainsi que tous les éléments propres à la situation des personnes concernées mentionnés à l'article 39. En pratique, les intéressés pourraient dès lors s'adresser, en cas de refus de l'administration de fournir les éléments requis, à la CADA pour les seules règles et caractéristiques générales des traitements algorithmiques. En cas de difficulté d'accès à ces informations générales et à celles appliquées à la situation particulière de la personne concernée, les intéressés devraient s'adresser uniquement à la Commission.

S'agissant des règles et caractéristiques générales, le projet de décret indique, de manière non exhaustive, les catégories d'informations qui doivent être fournies aux personnes et précise que celles-ci doivent s'apprécier au regard de la finalité poursuivie par le traitement.

Il s'agit en premier lieu des modalités d'intervention du traitement dans la prise de décision et du caractère automatique ou non de la prise de décision sur le fondement du traitement algorithmique.

A cet égard, la Commission rappelle que, conformément à l'article 10 de la loi « Informatique et Libertés », le caractère automatique d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement de données à caractère personnel fondé sur un algorithme ne peut pas concerner une personne physique et qu'une intervention humaine reste dès lors requise. Elle s'interroge en outre sur ce que recouvrent précisément ces « modalités d'intervention ».

Il s'agit en second lieu des paramètres de l'algorithme et leur pondération. Au regard de ses précédentes observations, la Commission rappelle que seuls les paramètres et leur pondération *in abstracto* devraient être fournis par l'administration. Les paramètres doivent s'entendre des critères pris en compte par l'algorithme, tels que par exemple ceux retenus pour affecter des étudiants dans une filière d'enseignement supérieur ou ceux utilisés pour attribuer un logement social. Au titre de la pondération, il s'agit pour l'administration d'indiquer la valeur de chacun de ces critères et, partant, leur poids dans la prise de décision.

Dans la mesure où le nombre de paramètres peut être élevé, la Commission recommande que les paramètres communiqués soient classés en fonction de leur pondération et que, dans l'hypothèse où l'algorithme aurait été mis à jour depuis la décision concernant le demandeur, la version qui lui a été effectivement appliquée lui soit communiquée.

La Commission estime en outre que, afin d'assurer une information complète et loyale des personnes concernées, certains éléments non expressément prévus par le projet de décret seraient utilement ajoutés.

Elle considère ainsi que le responsable de traitement devrait préciser s'il a procédé à des analyses, et le cas échéant lesquelles, sur le fonctionnement des algorithmes qu'il utilise et permettant dès lors de s'assurer que le traitement mis en œuvre ne poursuit pas d'autres finalités que celles expressément déterminées. En effet, le défaut de loyauté d'un algorithme n'étant pas toujours le résultat d'une intention des responsables de traitement, il est important que ce dernier veille régulièrement à ce que les finalités poursuivies soient bien respectées et que l'algorithme n'exécute que ces finalités explicites.

Si l'algorithme est le produit d'un apprentissage machine, la Commission estime également que les sources de données qui ont été utilisées pour concevoir un tel algorithme devraient être communiquées à l'intéressé afin de lui fournir une information loyale.

Le projet de décret devrait ainsi prévoir des informations plus complètes, telles que, par exemple, la méthode ayant servi à développer l'algorithme et les contraintes ou besoins qui ont été définis par l'administration ou, si une évaluation a été menée, le taux d'erreur de l'algorithme et les types d'erreurs par catégorie de données ou encore les critères précis selon lesquels l'algorithme a été testé et évalué. En tout état de cause, le projet de décret devrait prévoir une liste exhaustive d'éléments à communiquer aux intéressés, afin de ne pas faire peser sur l'administration le choix des catégories d'informations à communiquer au titre de l'article L. 311-3-1 du CRPA.

Enfin, la Commission précise que l'ensemble de ces éléments devra également être communiqué aux personnes exerçant leur droit d'accès prévu par la loi du 6 janvier 1978 modifiée dans le cas de tout traitement fondant une décision individuelle automatisée produisant des effets juridiques.

Ces informations devront en outre s'accompagner de tous les éléments appliqués à la situation de l'intéressé, tels que, pour les traitements algorithmiques procédant à un classement, le score obtenu ainsi que les seuils de *scoring* et leur signification.

La Présidente

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'IFP', with a horizontal line extending to the right.

Isabelle FALQUE-PIERROTIN