

Entreprise, Technologie et Droits Fondamentaux

Le dilemme du contrôle revisité

Conférence AIJA, Maison du Barreau, Paris, 13 janvier 2023

Julien Cabay
Professeur et Directeur du JurisLab à l'ULB
Chargé de cours à l'ULiège
julien.cabay@ulb.be
<https://droit-prive.ulb.be/unite/jurislab/>



Les droits fondamentaux dans l'UE

- Charte des droits fondamentaux de l'UE (droit primaire, art. 6 TUE)
- CEDH+ (art. 52(3) CDFUE)
- 'Mise en œuvre du droit UE' (art. 51(1) CDFUE) et CJUE, *Fransson*, C-617/10, point 21 :

'(...) il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte.'

Quelques droits fondamentaux de l'entreprise

- Droits

- Art. 7 (Respect de la vie privée)
 - + droit à la protection des secrets d'affaire, en tant que principe général du droit de l'UE (CJUE, *Varec*, C-450/06, point 49 ; CJUE, *Ecoservice*, C-927/19, point 132)
- Art. 16 (Liberté d'entreprise)
- Art. 17(2) (Propriété intellectuelle)

- Limitations

- Art. 52(1) (prévue par loi; respect du contenu essentiel ; proportionnalité)
- CJUE, *Promusicae*, C-275/06, points 65-68 (conciliation entre droits fondamentaux, 'juste équilibre')

Technologie et droits fondamentaux

*‘À l’instar de toute technologie nouvelle, l’utilisation de l’IA crée à la fois des possibilités et des risques. Les citoyens craignent d’être impuissants à défendre leurs droits et leur sécurité lorsqu’ils sont confrontés à l’asymétrie de l’information en matière de prise de décision algorithmique, et les **entreprises sont préoccupées par l’insécurité juridique**. Si l’IA peut contribuer à renforcer la sécurité des citoyens et à leur permettre de jouir de leurs **droits fondamentaux**, elle suscite également chez eux une certaine méfiance quant à ses **effets indésirables potentiels**, voire à son utilisation à des fins malveillantes.’*

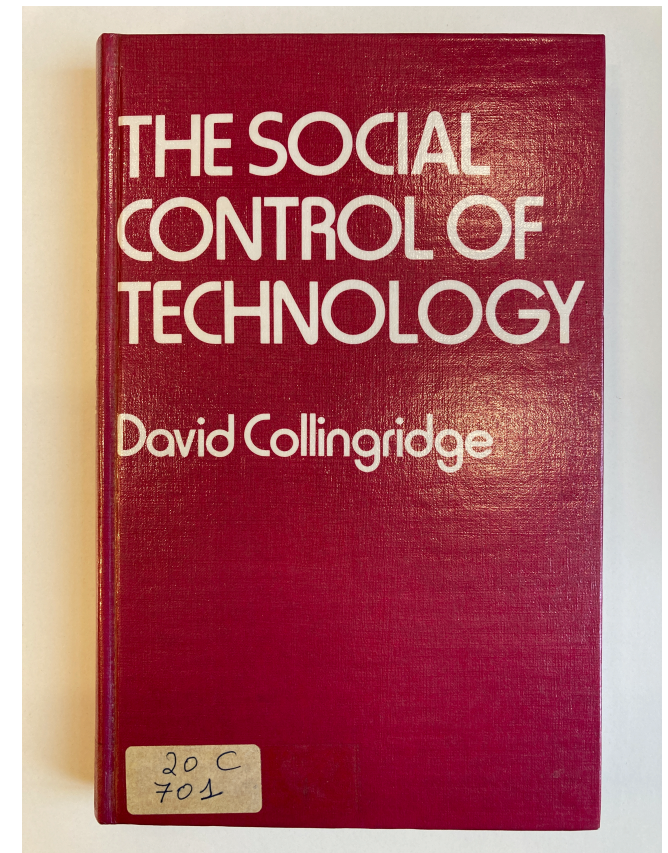
Commission européenne, Livre blanc *Intelligence artificielle – Une approche européenne axée sur l’excellence et la confiance*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, p. 10

Dilemma of Control

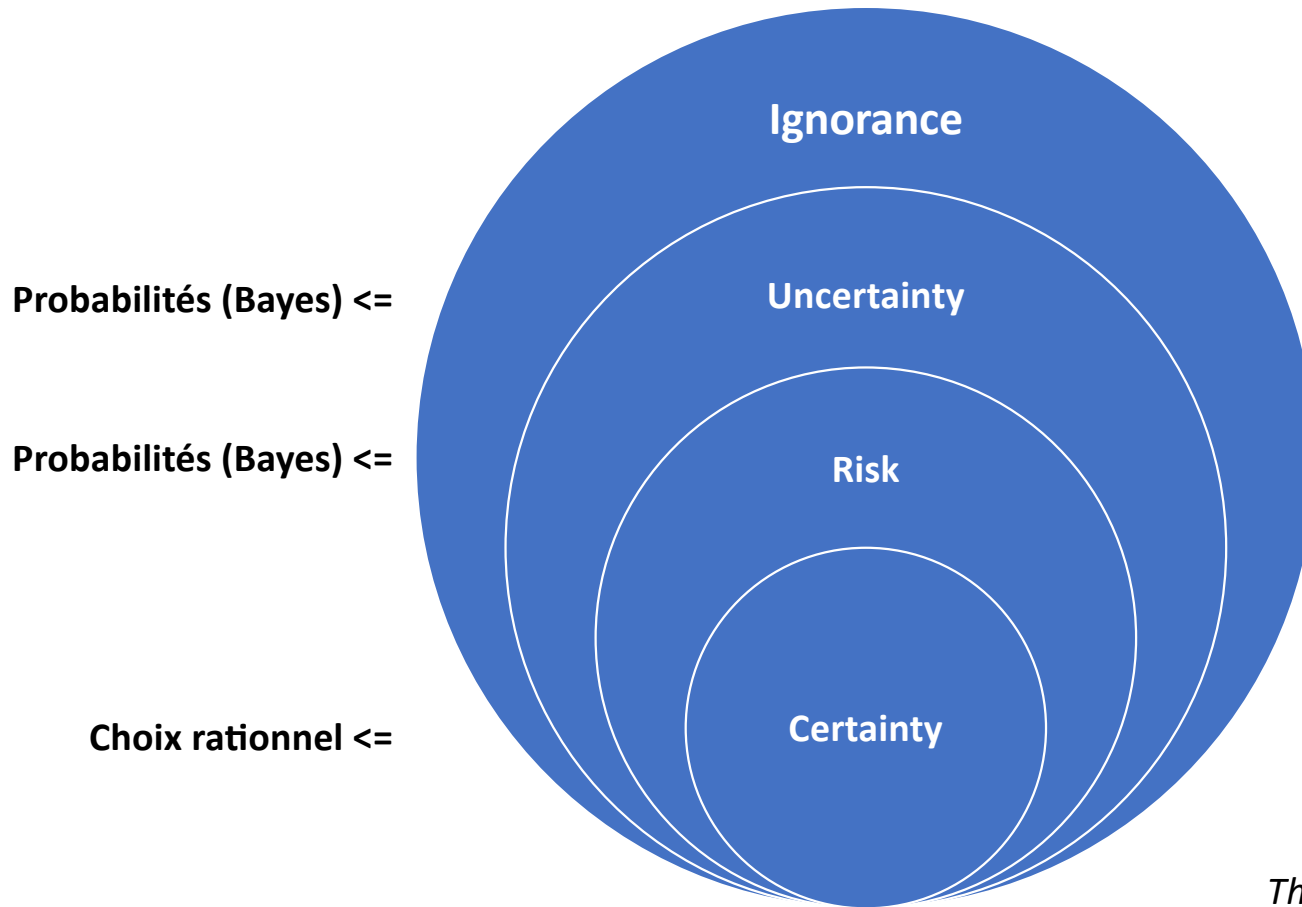
*'(...) attempting to control a technology is difficult, and not rarely impossible, because during its **early stages**, when it can be controlled, **not enough can be known about its harmful social consequences** to warrant controlling its development; but **by the time these consequences are apparent, control has become costly and slow.**'*

D. Collingridge, *The Social Control of Technology*, London, Frances Pinter, 1980, p. 19

€ atteinte aux droits
fondamentaux



Decision Making



=> 'decision problems where not all relevant states of nature can be identified' (Bayes)

Decision Making under Ignorance

*'(...) under conditions of ignorance a premium is to be placed on decisions which can swiftly and easily be recognized as wrong, and which are easy to correct. In general an option with these characteristics will be more expensive than an option for which the discovery and correction of error is difficult, so that at the heart of many decisions under ignorance is a trade-off between the ease with which mistakes can be detected and eliminated, and cost. This is not to suggest that an optimal trade-off can be identified, as when Bayesian theory can be applied. In cases of ignorance there is simply not enough information to identify this optimum. **It is impossible to calculate the benefit or expected benefits from the option chosen, so this cannot be compared with its cost. What can be done, however, is to compare the additional cost of the option with the additional ease of its correction.'***

Corrigibility of Decisions

- Contrôle difficile en amont, or des erreurs seront faites ('under ignorance')
- Nombreuses résistances au contrôle en aval, malgré erreurs
- **Mécanismes en amont pour rendre la décision corrigible en aval**

Monitoring

Cost of
error

Time for
correction

Cost of
remedy

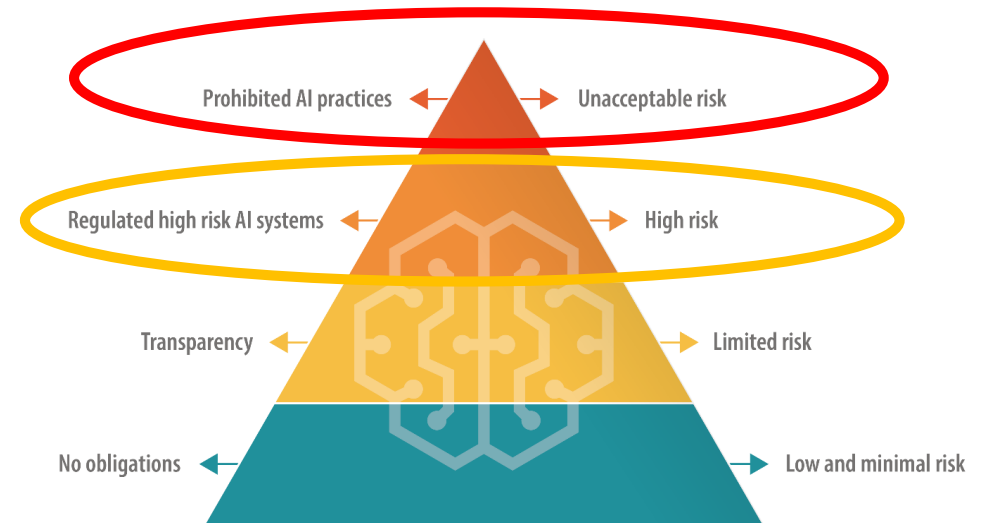
Mécanismes du législateur UE

- Ex. Contrôle

- Art. 25 RGPD (Protection des données dès la conception et protection des données par défaut)
- **Art. 5 Proposition de Règlement sur l'IA [AI Act][COM(2021) 206 final] (Pratiques interdites)**
- Art. 53 AI Act (Bacs à sable réglementaire)

- Ex. Caractère corrigeable

- **Art. 9 et 21 AI Act (Gestion des risques et Mesures correctives pour les système d'IA à haut risque)**
- **Art. 34 et 35 Règlement sur les services numériques [DSA] (Evaluation et Atténuation des risques pour les très grandes plateformes/moteurs de recherche en ligne)**



Mécanismes du législateur UE (ex. plateformes)

- Art. 34(1) DSA : *‘Les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne recensent, **analysent et évaluent de manière diligente tout risque systémique** au sein de l’Union découlant de la conception ou du fonctionnement de leurs services et de leurs systèmes connexes, y compris des systèmes algorithmiques, ou de l’utilisation faite de leurs services. Cette évaluation des risques est spécifique à leurs services et proportionnée aux risques systémiques, de la gravité et de la probabilité desquels elle tient compte, et comprend les risques systémiques suivants: (...)*
 - b) **tout effet négatif réel ou prévisible pour l’exercice des droits fondamentaux (...)***

Mécanismes du législateur UE (ex. plateformes)

- Art. 35(1) DSA: *‘Les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne mettent en place des **mesures d’atténuation** raisonnables, proportionnées et efficaces, adaptées aux risques systémiques spécifiques recensés conformément à l’article 34, en tenant compte en particulier de l’incidence de ces mesures sur les droits fondamentaux. Ces mesures peuvent inclure, le cas échéant:
a) l’adaptation de la conception, des caractéristiques ou du fonctionnement de leurs services, y compris leurs interfaces en ligne’*

Cost of
error

Time for
correction

Cost of
remedy

Mécanismes de la CJUE (ex. plateformes)

- Ex. Contrôle
 - CJUE, *Scarlet*, C-70/10 ; CJUE, *Netlog*, C-360/10 (injonction filtrage généralisé)
 - Concl. Av. Gén. CJUE, *Pologne c. Parlement et Conseil*, C-401/19, point 214 (filtrage avec taux de 'faux positif' non négligeable suivant état de l'art)
- Ex. Caractère corrigeable? Pas d'ex. clair, mais jurisprudence relative au 'juste équilibre'

Limitations des droits fondamentaux

- CJUE, *Promusicae*, C-275/06, points 65-68 (conciliation entre droits fondamentaux, 'juste équilibre')
- Destinataires :
 - Institutions UE dans le cadre de l'adoption droit UE (CJUE, *Deutsches Weintor*, C-544/10, point 47)
 - Législateur EM dans le cadre de la transposition droit UE (CJEU, *Promusicae*, C-275/06, point 68)
 - Juridictions EM dans le cadre application du droit UE transposé (CJUE, *Deckmyn*, C-201/13, point 32)
- Quid entreprises?
 - CJUE, *Pologne c. Parlement et Conseil*, C-401/19 (recours en annulation art. 17 Dir. 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique)
 - Cf. point 71 : '(...) **ne préjuge pas** tout examen susceptible de porter, ultérieurement, sur l'examen des dispositions adoptées par les États membres aux fins de la transposition de cette directive ou **des mesures déterminées par ces fournisseurs pour se conformer audit régime**

Limitations droits de l'entreprise (ex. plateformes)

- Limitation liberté d'entreprise

- Possibilité d'une '(...) une injonction, telle que celle en cause au principal, fait peser sur son destinataire une contrainte qui restreint la libre utilisation des ressources à sa disposition, puisqu'elle l'oblige à prendre des mesures qui sont susceptibles de représenter pour celui-ci un **coût important**, d'avoir un **impact considérable sur l'organisation de ses activités** ou de requérir des **solutions techniques difficiles et complexes**' (CJUE, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, points 47-56, spéc. 50)

Cost of
error

Time for
correction

Cost of
remedy

Limitations droits de l'entreprise (ex. plateformes)

- Limitation propriété intellectuelle

- '(...) il ne ressort **nullement** de [l'article 17 CDFUE], ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait **intangibile** et que sa **protection** devrait donc être assurée de manière **absolue**' (CJUE, *Scarlet*, C-70/10, point 43 ; CJUE, *Netlog*, C-360/10, point 41 ; CJUE, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, point 61 ; CJUE, *Pologne c. Parlement et Conseil*, C-401/19, point 92)

Cost of
error

Limitations droits de l'entreprise (ex. plateformes)

- // Limitation protection secret

- '(...) cette autorisation illimitée et inconditionnelle d'exciper du **secret bancaire** (...) est de nature à entraîner une **atteinte caractérisée au droit fondamental** à un recours effectif et, en définitive, au droit fondamental de propriété intellectuelle' (CJUE, *Coty Germany*, C-580/13, points 39-41 (limitation protection des données personnelles [8 CDFUE]))

- Comp. CJUE, *Bastei Lübbe*, C-149/17, points 51-52 (limitation droit au respect vie privée et familiale [7 CDFUE]) : '(...) **obstacle** à la possibilité, pour la juridiction nationale saisie d'une action en responsabilité, d'exiger, sur requête du demandeur, la production et l'obtention d'éléments de **preuve** relatifs aux membres de la famille de la partie adverse, l'établissement de l'atteinte au droit d'auteur alléguée ainsi que l'identification de l'auteur de cette atteinte sont rendus impossibles, et, par voie de conséquence, une **atteinte caractérisée est portée aux droits fondamentaux** à un recours effectif et de propriété intellectuelle'

Cost of
remedy

CCL: Le dilemme du contrôle dans l'entreprise

- Dilemme de Collingridge et la prise de décision dans des conditions d'ignorance caractérise l'entreprise technologique
- *Ex post*, la découverte d'une atteinte aux droits fondamentaux des tiers est susceptible d'entraîner une limitation des droits fondamentaux de l'entreprise
- Résistance de la technologie au contrôle judiciaire (spéc. CJUE et droits fond.) est vraisemblablement inférieure à sa résistance au contrôle législatif
- L'entreprise technologique a intérêt à anticiper sur le 'juste équilibre' et donc le contrôle et le caractère corrigeable de sa technologie, pour limiter ses coûts
- Collingridge revisited: *'(...) attempting to control a technology is difficult, and not rarely impossible, because during its **early stages**, when it can be controlled, **not enough can be known about its harmful social [and business] consequences** to warrant controlling its development; **but by the time these consequences are apparent, control has become costly [limiting IP, unveiling secrecy] and slow.**'*



Merci pour votre attention !

