

# DOCTRINE

## (II)légalité de la prise de décision automatisée après SCHUFA (C-634/21) et ~~avant le~~ Règlement UE sur l'intelligence artificielle (AI Act) : un pas en avant, deux pas en arrière ?

Jerome De Cooman\* ~~et Marie Dejaer\*\*~~

RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS

• • •

RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS  
RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS RESUME FR ET ANGLAIS

\* Premier assistant, EU Legal Studies, Université de Liège (ULiège), Belgique ; Jean Monnet Centre of Excellence JUST-AI ; Liege Competition and Innovation Institute (LCII). Orcid 0000-0001-8721-5730. Contact : jerome.decooman@uliege.be. ~~Les auteurs remercient~~ les relecteurs de la *Revue du Droit des Technologies de l'Information (RDTI)* pour leurs remarques et corrections. ~~Les auteurs remercient~~ également Anne-Sophie Lemaire pour sa relecture attentive du ~~manuscrit et ses suggestions~~. Les erreurs et omissions restent bien évidemment celles ~~des auteurs~~.

\*\* ~~Avocate au barreau de Liège, Lexing.~~

## I. INTRODUCTION

Il est des dispositions légales qui semblent destinées à provoquer la controverse. Il en est ainsi de l'article 22 du Règlement général sur la protection des données (ci-après, RGPD)<sup>1</sup>. À sa lecture, toutefois, son contenu semble particulièrement simple. Aux termes de cette (longue) disposition, « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire »<sup>2</sup> sauf lorsque ladite décision « est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement ; est autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ; ou est fondée sur le consentement explicite de la personne concernée » (art. 22, § 2, a) à c),

RGPD). Dans le cadre de ces exceptions, « le responsable du traitement met en œuvre des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée, au moins du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision » (art. 22, § 3, RGPD).

Une lecture combinée des articles 9 et 22 RGPD révèle que les décisions individuelles automatisées autorisées dans le cadre de l'une des exceptions ne peuvent être fondées sur des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique. Par voie d'exception, les décisions individuelles automatisées peuvent être fondées sur une ou plusieurs de ces catégories particulières de données à caractère personnel lorsque, outre la mise en place des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée (art. 22, § 4, *in fine*, RGPD), soit la personne concernée a donné son consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques – sauf si cette exception est exclue par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre (art. 9, § 2, a), RGPD), soit le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi

<sup>1</sup> 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 (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L 119, 4 mai 2016, pp. 1-88.

<sup>2</sup> Le profilage est quant à lui défini comme « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique » (art. 4, 4), RGPD). Sur les rapports entre profilage (art. 4 RGPD) et traitement automatisé (art. 22 RGPD), voy. M. NIŠEVIĆ, « Profiling Consumers Through Big Data Analytics : Strengths and Weaknesses of Article 22 GDPR », *Global Privacy Law Review*, vol. 1, n° 2, 2020, pp. 104-115.

et respecter l'essence du droit à la protection des données (art. 9, § 2, g), RGPD).

Vu sa longueur, cette disposition peut être utilement synthétisée comme suit. En substance, une personne concernée ne peut faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé de ses données personnelles (art. 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD). Il existe toutefois des exceptions à cette interdiction (art. 22, § 2, RGPD) – contrat, autorisation légale et consentement explicite – conditionnées au respect de certaines exigences (art. 22, § 3, RGPD). Enfin, les décisions individuelles automatisées exceptionnellement autorisées ne peuvent être fondées sur une ou plusieurs catégories particulières de données à caractère personnel (ex., la religion) sauf lorsque des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée sont mises en place et que soit la personne concernée a explicitement consenti au traitement, soit parce que celui-ci est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important (art. 9, § 2, a) et g) et art. 22, § 4, RGPD).

Soit, mais voilà : les termes clefs de cette disposition – *droite* de ne pas faire l'objet d'une *décision exclusivement* fondée sur un traitement automatisé – prêtent le flanc à la controverse. Nonobstant le libellé même de cette disposition, certains commentateurs, soutenu par le groupe de travail « Article 29 » (aujourd'hui remplacé par le Comité européen de la protection des données)<sup>3</sup> ont conclu qu'il s'agissait non pas d'un droit subjectif de la personne concernée mais bien d'une

interdiction pesant sur le responsable du traitement. Quant aux concepts de *décisions* fondées *exclusivement* sur un traitement automatisé, le RGPD ne propose aucune définition permettant de délimiter avec plus ou moins de certitude le champ d'application exacte de cette disposition. C'est ce brouillard, qui nappes l'application concrète de cette disposition, qui rend si intéressant l'arrêt du 7 décembre 2023 de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, CJUE), se prononçant pour la première fois sur la teneur de l'article 22 RGPD<sup>4</sup>.

Si cet arrêt mérite d'être discuté, ce n'est toutefois pas seulement parce qu'il s'agit d'une première jurisprudentielle<sup>5</sup>. En ce qu'il concerne la prise de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, **SCHUFA** pourrait également bien être en mesure d'apporter un éclairage prospectif sur certaines dispositions du Règlement sur l'Intelligence Artificielle (ci-après, AIA)<sup>6</sup>. Ce dernier prévoit lui aussi, *inter alia*, non seulement une interdiction de procéder à une évaluation automatisée de la solvabilité des personnes concernées lorsque celle-ci est réalisée par un système d'IA, mais aussi un

<sup>3</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>.

<sup>4</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, OQ. *Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957.

<sup>5</sup> Voy. par exemple, F. PALMIOTTO, « "Scoring" for Data Protection Rights: The Court of Justice's First Judgement on Article 22 GDPR (Case C-634/21 and Joined Cases C-26/22 and C-64/22) », *EU Law Live*, 9 janvier 2024, disponible sur <https://eulawlive.com/op-ed-scoring-for-data-protection-rights-the-court-of-justices-first-judgment-on-article-22-gdpr-case-c-634-21-and-joined-cases-c-26-22-and-c-64-22-by/>.

<sup>6</sup> Règlement UE 2024/... du Parlement européen et du Conseil du... établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 [législation sur l'intelligence artificielle]), non encore publié au *Journal officiel* (version votée au Parlement européen le 13 mars 2024).

droit à l'explicabilité dont le contenu diffère toutefois des explications (ou informations) à fournir sous l'empire du RGPD.

À la lumière de ce qui précède, la structure proposée est la suivante. La section II pose les faits de l'affaire. La section III présente ensuite quatre controverses discutées par la doctrine juridique, c'est-à-dire (A) la dichotomie droit/interdiction que représente l'article 22, (B) la définition d'une décision et le problème posé par les systèmes de profilage à multiples étapes, (C) le degré d'intervention humaine (ou son absence) permettant d'échapper à l'application de l'Article 22 et (D) l'identification de la source, si elle existe, d'un droit à l'explication. Sur cette base, la section III synthétise l'apport de SCHUFA sur l'évaluation automatisée de la solvabilité lorsque celle-ci est sous-traitée par un établissement de crédit à une société d'information commerciale. Enfin, la section IV analyse prospectivement l'impact de l'AIA sur l'évaluation automatisée de la solvabilité à la lumière de ce que la CJUE semble considérer être un contrôle humain effectif.

## II. LES FAITS DE SCHUFA

Les faits qui ont donné lieu à cette affaire sont les suivants. OQ est une personne physique qui a sollicité un prêt auprès d'un établissement de crédit<sup>7</sup>. Ce dernier est client de SCHUFA Holding AG (ci-après, SCHUFA), une société privée de droit allemand dont l'activité économique consiste à pronostiquer la solvabilité future d'une tierce personne à partir de certaines de ses caractéristiques et sur la base de procédures

mathématiques et statistiques. Sur la base de données à caractère personnel relatives à OQ, SCHUFA a procédé à l'établissement automatisé d'une valeur de probabilité concernant sa capacité à honorer ses engagements de paiement à l'avenir. SCHUFA a remis cette évaluation à l'établissement de crédit qui a, sur cette base, refusé d'octroyer le crédit. OQ a alors demandé à SCHUFA, d'une part, de l'informer sur les données à caractère personnel enregistrées et utilisées pour l'établissement de la valeur de probabilité et, d'autre part, d'effacer celles qui étaient erronées selon lui. SCHUFA ne lui a toutefois communiqué que le score pertinent et une explication générale de la méthode de calcul. Selon SCHUFA, le secret d'affaires lui permet de s'opposer à toute communication relative aux données spécifiques prises en compte dans ce calcul, à leur pondération et à la méthode de calcul proprement dite, ce qui avait été précédemment reconnu par le *Bundesgerichtshof* (Cour de justice fédérale allemande jugeant en dernière instance en matière civile et pénale)<sup>8</sup>. SCHUFA va par ailleurs souligner que son seul rôle est d'établir une valeur de probabilité et que c'est à son partenaire contractuel – l'établissement de crédit – qu'il revient de prendre les décisions contractuelles y relatives – acceptation ou refus du crédit.

OQ va alors demander au *Hessiger Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit* (Commissaire à la protection des données et à la liberté de l'information pour la Land de Hesse, Allemagne ; ci-après, « HBDI ») d'enjoindre à

<sup>7</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen*, en présence de *SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, §§ 10-14 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, §§ 14-27.

<sup>8</sup> Le *Bundesgerichtshof* avait analysé le secret d'affaires en tant que justification à la non-communication de détails relatifs au processus employé dans le cadre de contrôles automatisés de solvabilité. Voy. *Bundesgerichtshof*, Urteil des VI. Zivilsenats vom 28.1.2014, VI ZR 156/13. Sur ce point, voy. égal. A.J. WULF et O. SEIZOV, « "Please Understand We Cannot Provide Further Information": Evaluating Content and Transparency of GDPR-Mandated AI Disclosures », *AI & Society*, vol. 39, 2024, pp. 235-256, 249.

SCHUFA d'accueillir sa demande. Le HBDI va toutefois rejeter cette demande. OQ va alors saisir le *Verwaltungsgericht Wiesbaden* (tribunal administratif de Wiesbaden, Allemagne). Ce dernier va surseoir à statuer et poser la question préjudicielle suivante à la CJUE : « L'article 22, paragraphe 1, du [RGPD] doit-il être interprété en ce sens que l'établissement automatisé d'une valeur de probabilité concernant la capacité de la personne concernée à honorer un prêt à l'avenir constitue déjà une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques concernant cette personne ou l'affectant de manière significative de façon similaire, lorsque cette valeur, établie au moyen de données à caractère personnel relatives à ladite personne, est communiquée par le responsable du traitement à un tiers responsable du traitement et que celui-ci fonde sa décision relative à l'établissement, à l'exécution ou à la cessation d'une relation contractuelle avec cette même personne de manière déterminante sur ladite valeur ? »<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, OQ c. *Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, § 27. Pour le surplus, une seconde question préjudicielle accompagnait cette première : « Si la première question appelle une réponse négative, l'article 6, paragraphe 1, et l'article 22 du [RGPD] doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'utilisation d'une valeur de probabilité – en l'espèce, une valeur relative à la solvabilité et la volonté de payer d'une personne physique lorsque des informations sur des créances sont incluses – s'agissant d'un comportement donné futur d'une personne physique aux fins de la décision relative à l'établissement, à l'exécution ou à la cessation d'une relation contractuelle avec cette personne (scoring) – n'est autorisée que lorsque d'autres conditions supplémentaires déterminées qui sont exposées plus en détail dans les motifs de la présente décision de renvoi sont réunies ? ». Toutefois, la réponse à la première question étant affirmative, la CJUE ne répond pas à la seconde. Dans ses conclusions, l'avocat général, M. Priit Pikamäe, a toutefois analysé cette seconde question. Il répond, en substance, que les articles 6,

### III. LES CONTROVERSES

#### LIÉES À L'ARTICLE 22, § 1<sup>ER</sup>, À LA LUMIÈRE DE SCHUFA

Il est intéressant de constater qu'aucun des concepts de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD ne semble échapper à la controverse. D'une part, celui-ci est libellé en termes de droit, mais il est majoritairement interprété comme une interdiction (A). D'autre part, l'incertitude règne quant à ce qui doit être qualifié de décision (B) fondée exclusivement sur un traitement automatisé (C). Enfin, les conséquences de l'application de l'article 22 et le fameux droit à l'explication sont sujets à multiples interprétations (D).

#### A. Controverse n° 1 : Le « *droit de ne pas faire l'objet...* » est-il un droit subjectif d'opposition ou une interdiction ?

Aux termes de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, *in limine*, RGPD, « la personne concernée a le *droit* de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé ». Une lecture littérale de cette disposition indique indubitablement que l'article 22, § 1<sup>er</sup>, confère à la personne concernée le droit subjectif de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé<sup>10</sup>. Il s'agirait, plus exactement, d'un droit d'opposition (droite de s'opposer à la prise de décision automatisée). Toutefois, en dépit de la lettre de cette disposition, la majorité

§ 1<sup>er</sup> et 22 du RGPD ne s'opposent pas à une législation nationale sur le profilage lorsqu'il s'agit d'un profilage autre que celui prévu à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Toutefois, « la législation nationale doit respecter les conditions prévues à l'article 6 dudit règlement » et, en particulier, « elle doit se fonder sur une base juridique adéquate, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier ». Voy. conclusions de l'avocat général, M. Priit Pikamäe, présentées le 16 mars 2023, OQ c. *Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, § 94.

<sup>10</sup> L. TOSONI, « The right to object to automated individual decisions : resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 11, n° 2, 2021, pp. 145-162.

de la doctrine – soutenue par le Groupe de travail « Article 29 » – a souligné qu'il s'agissait en réalité d'une interdiction du traitement automatisé<sup>11</sup>.

Qualifier l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, de droit de la personne concernée ou d'interdiction de principe n'est pas sans conséquence<sup>12</sup>. Si cette disposition devait être interprétée comme un droit subjectif, les responsables du traitement seraient libres de prendre des décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé mais, ce faisant, devraient également s'organiser afin d'être en mesure de prendre une décision sans traitement automatisé chaque fois qu'une personne concernée leur demande de le faire et qu'aucune des trois exceptions de l'article 22, § 2, RGPD, ne s'applique<sup>13</sup>. Si cette disposition est une interdiction de principe, alors elle ne requiert pas que la personne concernée invoque proactivement le droit en demandant, par exemple,

à ce que telle décision ne soit pas fondée exclusivement sur un traitement automatisé. En tant qu'interdiction, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, constituerait probablement « une plus grande épine dans le pied des responsables du traitement automatisé des données qu'il ne le serait autrement » car, dans ces conditions, ils leur reviendraient pour pouvoir recourir à la prise de décision automatisée, de chercher à contourner l'interdiction de principe en invoquant l'une des trois exceptions de l'article 22, § 2, RGPD<sup>14</sup>, tout en respectant les autres exigences du RGPD<sup>15</sup>. Autrement dit, interpréter cette disposition comme une interdiction revient à protéger *par défaut* les personnes concernées contre les décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU *et al.* (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 87 ; Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 40 ; R. BINNS et M. VEALE, « Is that your final decision ? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 11, 2021, pp. 319-332, 319 ; M. BRKAN, « Do Algorithms Rule the World ? Algorithmic Decision Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and Beyond », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, n° 2, 2019, pp. 91-121, 99 ; G. LAZCOZ et P. DE HERT, « Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essentials pre-requisites against abdicating responsibilities », *Computer Law & Security Review*, vol. 50, 2023, article 105833, p. 3.

<sup>12</sup> L. COLONNA, « Teachers in the loop ? An analysis of automatic assessment systems under Article 22 GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 3-18, 8.

<sup>13</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 184.

<sup>14</sup> P. A. E. DAVIS et S. F. SCHWEMER, « Rethinking Decisions under Article 22 of the GDPR : Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making », in J. G. CONRAD *et al.* (dir.), *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023) co-located with the 19th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2023)*, Portugal, 19 juin 2023, CEUR Workshop Proceedings, vol. 3428, disponible sur <https://ceur-ws.org/Vol-3423/paper8.pdf>.

<sup>15</sup> Notamment, les conditions énoncées aux articles 5 et 6 RGPD, c'est-à-dire les principes de licéité, de loyauté, de transparence, de limitation des finalités, de minimisation des données, d'exactitude, de limitation de la conservation, d'intégrité, de confidentialité et de responsabilité. Dans *SCHUFA*, la CJUE a d'ailleurs souligné la nécessité de respecter les dispositions concernant les principes de traitement et le fondement juridique du traitement, dans une situation où les États membres introduisent dans leurs lois nationales la possibilité de prises de décisions automatisées. Voy. arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, § 68 (« dans l'hypothèse où le droit d'un État membre autorise, conformément à l'article 22, paragraphe 2, sous b), du RGPD, l'adoption d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, ce traitement doit respecter non seulement les conditions posées à cette dernière disposition et à l'article 22, paragraphe 4, de ce règlement, mais également les exigences posées aux articles 5 et 6 dudit règlement »).

<sup>16</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 184.

Pour résoudre cette controverse, la doctrine a mobilisé des arguments issus des méthodes d'interprétation linguistique (1), téléologique (2), systématique (3) et historique (4), dont les résultats sont synthétisés dans le tableau ci-dessous. Ces débats peuvent sembler obsolètes, en ce que la CJUE, dans *SCHUFA*, s'est prononcée

sans ambages en faveur d'une interprétation de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, comme une interdiction et non comme un droit subjectif de la personne concernée (5). Ils restent toutefois pertinents pour comprendre le raisonnement de cette juridiction et les arguments qui l'ont poussé à trancher en ce sens.

Méthodes d'interprétation		Conclusion
Linguistique		Suggère sans entraîner la conviction que l'article 22, § 1 <sup>er</sup> , est un droit.
Téléologique	Dignité humaine	Non concluant, car pouvant suggérer que l'article 22, § 1 <sup>er</sup> , est un droit ou une interdiction.
	Risque d'erreur	Entraîne la conviction que l'article 22, § 1 <sup>er</sup> , est une interdiction.
Systématique	De l'art. 22	Entraîne la conviction que l'article 22, § 1 <sup>er</sup> , est une interdiction vu l'introduction d'une exception pour consentement (art. 22, § 2, c), RGPD).
	DU RGPD	Entraîne la conviction que l'article 22, § 1 <sup>er</sup> , est : <ul style="list-style-type: none"> <li>• un droit lorsque l'obligation du responsable du traitement d'informer la personne concernée de l'existence du traitement automatisé est interprété strictement et littéralement (art. 13, § 2, f) et 14, § 2, g), RGPD) ; ou</li> <li>• une interdiction lorsque cette obligation est interprétée largement conformément à une lecture téléologique de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD.</li> </ul>
Historique		Entraîne la conviction que l'article 22, § 1 <sup>er</sup> , est une interdiction vu l'introduction d'une exception pour consentement (art. 22, § 2, c), RGPD) inexistante sous l'article 15 DPD.

Tableau 1. Méthodes d'interprétation appliquées à l'article 22 RGPD

### 1. Interprétation linguistique

La méthode d'interprétation linguistique, dite aussi textuelle ou grammaticale, analyse le texte en donnant à ses éléments constitutifs « leur sens littéral ou usuel »<sup>17</sup>. De cette méthode découle l'argument le plus évident que l'article 22, § 1<sup>er</sup>,

libellé en termes de « droit », doit être interprété comme tel, et non comme une interdiction. Plusieurs éléments tendent en ce sens.

Premièrement, si cette disposition devait effectivement être une interdiction de principe aux exceptions conditionnelles, il eut été logique de la rédiger non pas comme « le droit [de la personne concernée] de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un

<sup>17</sup> P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 155.

traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire » (libellé choisi par le législateur européen) mais plutôt dans le style de l'article 22, § 4, RGPD<sup>18</sup>. Si l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD devait être une interdiction conditionnée et non un droit, il aurait dû être écrit dans un style semblable à celui-ci : « les décisions produisant des effets juridiques concernant la personne concernée ou l'affectant de manière significative de façon similaire ne peuvent être fondées exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage »<sup>19</sup>. Toutefois, tous ne partagent pas cet avis. Pour certains commentateurs, le libellé du texte soutient au contraire la conclusion selon laquelle l'article 22, § 1<sup>er</sup>, doit être interprété comme une interdiction et non un droit. Ainsi, le droit de la personne concernée de « ne pas être soumise à (...) » formulerait de manière implicite l'obligation négative pour le responsable de traitement de s'abstenir de soumettre la personne concernée à une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé<sup>20</sup>.

Deuxièmement, il est utile de souligner que l'article 11 de la directive 2016/680 dispose que « toute décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, qui produit des effets juridiques défavorables pour la personne concernée ou l'affecte de manière significative, est interdite »<sup>21</sup>. Un argument de cohérence voudrait que l'article 22, § 1<sup>er</sup>, constitue également une interdiction. Ce serait toutefois oublier que la directive 2016/680 est *lex specialis* du RGPD, celle-ci concernant le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de l'application de la loi pénale par les autorités publiques. Il serait étrange de vouloir interpréter une *lex generalis* (art. 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD) à l'aune de sa *lex specialis* (art. 11 Dir. 2016/680) alors que, par définition, une *lex specialis* déroge à sa *lex generalis* en ce qui concerne son champ d'application restreint<sup>22</sup>. Si le choix des mots à son importance, alors le fait que le législateur ait utilisé le mot « droit » sous l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD et le verbe « interdire » sous l'article 11 de la directive 2016/680 suggère qu'il a voulu établir, respectivement, un droit subjectif et une interdiction de principe<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Aux termes duquel, « les décisions visées au paragraphe 2 ne peuvent être fondées sur les catégories particulières de données à caractère personnel visées à l'article 9, paragraphe 1, à moins que l'article 9, paragraphe 2, point a) ou g), ne s'applique et que des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ne soient en place ».

<sup>19</sup> Sur cet argument, voy. L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 531. La réécriture de l'article 22 ici proposé est toutefois le fruit des auteurs de la présente contribution. Elle ne prétend pas être d'une qualité légistique supérieure au libellé réel de l'article 22 RGPD. Au contraire, elle propose simplement une version plus cohérente du contenu de cette disposition si celle-ci devait être interprétée non comme un droit de la personne concernée mais comme une interdiction de principe.

<sup>20</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime

for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 147-149.

<sup>21</sup> Directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, *J.O.*, L 119, 4 mai 2016, pp. 89-131.

<sup>22</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 192.

<sup>23</sup> L. TOSONI, « The right to object to automated individual decisions : resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 11, n° 2, 2021, pp. 145-162, 152.

Toutefois, même ceux qui interprètent l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD comme un droit subjectif relèvent que la valeur probante d'une interprétation littérale doit être relativisée vu les nombreuses faiblesses rédactionnelles du RGPD en raison de nombreuses réécritures par le Parlement et le Conseil du texte initialement proposé par la Commission<sup>24</sup>. De même, le parallèle avec la directive 2016/680 doit également être relativisé, celle-ci n'étant elle-même pas exempte d'incohérence. Ainsi, son considérant 38 dispose que « la personne concernée devrait avoir le *droit de ne pas faire l'objet* d'une décision impliquant l'évaluation de certains aspects personnels la concernant, qui est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé et qui produit des effets juridiques défavorables la concernant ou qui l'affecte de manière significative », ce qui contredit le libellé pourtant parfaitement clair de l'article 11 auquel il fait indirectement référence<sup>25</sup>.

## 2. Méthode d'interprétation téléologique

Conformément à une jurisprudence bien établie<sup>26</sup>, « l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union requiert de tenir compte non seulement de ses *termes*, mais également du *contexte* dans lequel elle s'inscrit ainsi que des *objectifs* et de la *finalité* que poursuit l'acte

dont elle fait partie »<sup>27</sup>. Autrement dit, l'interprétation linguistique doit être complétée d'une interprétation téléologique, qui consiste à analyser un texte à la lumière des objectifs poursuivis par le législateur<sup>28</sup>.

Soit, mais voilà : les travaux préparatoires ne fournissent que peu d'information quant à la *ratio legis* de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Il est toutefois raisonnable de supposer que cette disposition répond aux mêmes préoccupations que celles qui ont fondé l'adoption de son prédécesseur<sup>29</sup> – l'article 15 de la directive 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 (ci-après, DPD)<sup>30</sup>. On peut dès lors en identifier au moins deux : (a) préserver la dignité humaine en assurant la participation de la personne concernée à la prise de décision et (b) le risque d'erreur découlant du traitement automatisé, dont les conséquences sont renforcées par le biais d'automatisation<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 188-189. Sur les faiblesses rédactionnelles, voy. par exemple A. E. WALDMAN, « Data Protection by Design ? A Critique of Article 25 GDPR », *Cornell International Law Journal*, vol. 53, n° 1, 2017, pp. 147-167.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 192n64.

<sup>26</sup> Arrêt de la Cour (GC), 15 mars 2022, *M. A c. Autorité des marchés financiers (AMF)*, affaire C-302/20, ECLI:EU:C:2022:190, § 63 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 12 janvier 2023, *RW c. Österreichische Post AG*, affaire C-154/21, ECLI:EU:C:2023:3, § 29 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 22 juin 2023, *Pankki S*, affaire C-579/21, ECLI:EU:C:2023:501, § 38.

<sup>27</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, § 41 (nous soulignons).

<sup>28</sup> P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175.

<sup>29</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER et al. (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 526.

<sup>30</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.*, L 281, 23 novembre 1995, pp. 31-50, plus en vigueur, abrogée par 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 (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L 119, 4 mai 2016, pp. 1-88.

<sup>31</sup> L. A. BYGRAVE, « Automated Profiling : Minding the machine : Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling », *Computer Law & Security Review*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 17-24, 18.

### a) Protection de la dignité humaine

Il ne faut pas s'y tromper : le principe de dignité humaine n'est pas transgressé simplement parce qu'un être humain est soumis à la décision d'une machine. Au contraire, dans une logique kantienne, la dignité humaine est transgressée lorsque les êtres humains sont traités comme des objets<sup>32</sup>. Que l'origine du traitement soit artificielle ou humaine n'a que peu d'importance. Dire que l'une des raisons d'être de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD est la protection de la dignité humaine ne signifie donc pas qu'il est indigne d'être soumis à une décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé, mais qu'il est indigne d'être considéré comme un objet<sup>33</sup>. Ainsi précisé, le principe de dignité humaine suggère que la personne concernée doit être en mesure d'influencer les décisions prises à son égard, ce qu'elle ne peut faire lorsque la décision est exclusivement automatisée<sup>34</sup>. La proposition initiale de la Commission soulignait en effet, d'une part, que l'article 15 DPD « vise à protéger le droit de la personne concernée à participer au processus de prise de décision qui ont de l'importance pour elle » et, d'autre part, que « l'utilisation de profils de données détaillées sur les particuliers par de puissantes institutions publiques et privées enlève aux particuliers la capacité d'influencer les processus décisionnels dans ces institutions, si les décisions sont prises sur le seul fondement de leur

profil de données »<sup>35</sup>. Une trace de cette ambition se trouve cristallisée au considérant 4 du RGPD : « le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité »<sup>36</sup>.

Quant à la dignité, elle réside dans l'exercice d'une influence par la personne concernée. L'intervention humaine dans le chef du responsable du traitement est le prérequis d'un contrôle de la personne concernée, étant entendu que ce contrôle ne doit, évidemment, pas être absolu, mais plutôt prendre la forme d'une capacité à participer à ou influencer le processus de prise de décision<sup>37</sup>. Ainsi, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, a l'ambition d'empêcher l'avènement d'une certaine forme de déterminisme technologique qui soumettrait les personnes concernées aux décisions prises sur le seul fondement des recommandations des machines<sup>38</sup>. Il s'agirait ainsi d'empêcher l'opérationnalisation d'un processus kafkaïen

<sup>32</sup> Voy. *mutatis mutandis* J. DE COOMAN, « Éthique et intelligence artificielle : l'exemple européen », *Rev. Dr. Uliège*, vol. 1, 2020, pp. 79-123.

<sup>33</sup> Les auteurs s'écartent ainsi de l'interprétation – trop restrictive – proposée par F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 194.

<sup>34</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 84.

<sup>35</sup> Proposition de directive du Conseil relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, 13 septembre 1990, COM(90)314 final – SYN 287, p. 31.

<sup>36</sup> C'est une ambition que l'on retrouve également dans les lignes de conduite éthique du groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle : « AI systems need to be human-centric, resting on a commitment to their use in the service of humanity ». Voy. Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, 8 avril 2019, p. 4.

<sup>37</sup> M. HAWATH, « Regulating Automated Decision-Making : An Analysis of Control over Processing and Additional Safeguards in Article 22 of the GDPR », *European Data Protection Law Review*, vol. 7, n° 2, 2020, pp. 161-173.

<sup>38</sup> G. LAZCOZ et P. DE HERT, « Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essentials pre-requisites against abdicating responsibilities », *Computer Law & Security Review*, vol. 50, 2023, article 105833, p. 13. Voy. aussi I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 84.

duquel la personne concernée serait exclue<sup>39</sup>. Pour le dire autrement, cette première *ratio legis* ne concerne donc pas tant la *crainte d'une erreur* dans la prise de décision – objet de de la seconde raison d'être, exposée ci-dessous – mais un souci de *préserver la dignité humaine* en veillant à ce que la personne concernée (et non le profil établi à partir de ses données personnelles) conserve un rôle dans la prise de décisions la concernant<sup>40</sup>. En substance, l'interdiction de prise de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé s'explique par la volonté d'assurer une certaine *contestabilité* de cette décision par la personne concernée.

Une fois la dignité humaine – ainsi expliquée – identifiée comme raison d'être de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, encore faut-il déterminer si celle-ci permet de conclure que cette disposition est une interdiction ou un droit subjectif de la personne concernée. Pour certains auteurs, cet objectif serait mieux atteint si cette disposition était un droit subjectif, permettant à la personne concernée de décider par elle-même si une décision peut ou non être fondée exclusivement sur le traitement automatisé ou si elle requiert une intervention humaine<sup>41</sup>. Toutefois, comme précisé, la protection de la dignité humaine signifie avant tout d'être en mesure d'influencer le processus décisionnel, ce qui est impossible lorsque la décision est fondée exclusivement sur le traitement automatisé.

Ainsi compris, le principe de dignité humaine se cristallise non dans un droit subjectif mais **une** interdiction de principe, à laquelle il est possible de déroger par le consentement. En substance, lorsque le but du législateur est de protéger la dignité humaine, une interprétation téléologique peut conduire tant à la qualification de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, comme un droit subjectif ou comme une interdiction. Cette méthode est donc peu concluante en l'espèce.

#### b) *Minimiser le risque d'erreur*

Le considérant 71 du RGPD témoigne de la crainte du législateur européen quant à la qualité discutable de la prise de décision automatisée, ledit considérant soulignant l'importance de « veiller, en particulier, à ce que les facteurs susceptibles d'entraîner des inexactitudes dans les données à caractère personnel soient corrigés et à ce que le risque d'erreur soit réduit au minimum » afin d'empêcher « les effets discriminatoires à l'égard des personnes physiques fondés sur l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, la religion ou les convictions, l'appartenance syndicale, le statut génétique ou l'état de santé, l'orientation sexuelle ». En substance, ce que craint ici le législateur, c'est la prise (automatisée) d'une décision discriminatoire parce que basée sur des données biaisées.

D'une certaine façon, ceci est paradoxal. Il a été pleinement démontré par l'économie comportementale que les êtres humains sont soumis aux biais, mais également au bruit – c'est-à-dire à la variabilité non désirée des jugements en raison de facteurs exogènes et non pertinents tels que la fatigue ou les conditions météorologiques<sup>42</sup>. Au contraire,

<sup>39</sup> Sur la métaphore de Kafka, voy. D. J. SOLOVE, « Privacy and Power : Computer Databases and Metaphors for Information Privacy », *Stanford Law Review*, vol. 53, 2001, pp. 1393-1462.

<sup>40</sup> G. LAZCOZ et P. DE HERT, « Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essentials pre-requisites against abdicating responsibilities », *Computer Law & Security Review*, vol. 50, 2023, article 105833, p. 13.

<sup>41</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 194.

<sup>42</sup> S. DANZIGER, J. LEVAV et L. AVNAIM-PESSO, « Extraneous Factors in Judicial Decision », *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 108, n° 17, 2011, pp. 6889-6892 ; O. EREN et N. MOGAN, « Emotional Judges and Unlucky Juvenile », *American Economic Journal*, vol. 10, n° 3, 2018, pp. 171-205 ;

la prise de décision automatisée est exempte de bruit et devrait être moins biaisée que les humains. Cette discussion a la fâcheuse tendance à semer la zizanie au sein de la doctrine juridique, en raison d'un artefact linguistique regrettable, selon lequel le mot « biais » est utilisé tant pour désigner les biais *cognitifs* – c'est-à-dire toute erreur systémique qui oriente les jugements des personnes dans une direction particulière – que ceux impliquant une *discrimination illégale*<sup>43</sup>. Il faut donc être très clair : si les êtres humains sont soumis à des biais cognitifs (parce qu'ils utilisent des heuristiques) et au bruit (car leurs jugements dépendent de facteurs exogènes et non pertinents), les algorithmes permettent d'éliminer le bruit (car ils sont immunisés contre les facteurs exogènes non pertinents) et de réduire les biais cognitifs (car ils s'appuient sur des prédicteurs statistiques plutôt que sur des raccourcis mentaux)<sup>44</sup>. La promesse de la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé est de débiaiser le processus décisionnel en suggérant qu'une telle décision est d'une qualité supérieure à celle prise par un être humain. Toutefois, il ne peut être dit que la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé est non biaisée car un biais peut également signifier une discrimination illicite<sup>45</sup>. La qualité d'un système automatisé de prise de décisions se mesure à l'aune de ses données d'entraînement<sup>46</sup>. Si celles-ci sont

de mauvaises qualités (parce que statistiquement non représentatives de la population), les biais seront reproduits<sup>47</sup>.

Quant au risque de décision biaisée parce que constituant une discrimination illicite, il reste intouché, voire est renforcé<sup>48</sup>. En effet, les conséquences qui découlent d'une erreur sont d'autant plus grandes que la Commission a mis en évidence « le risque d'une utilisation abusive de l'informatique dans la prise de décision » en soulignant que « le résultat fourni par la machine qui recoure à des logiciels de plus en plus sophistiqués, voire à des systèmes-experts, revêt un caractère apparemment objectif et incontestable auquel le décideur humain peut accorder une importance excessive, en abdiquant sa responsabilité »<sup>49</sup>. Cette abdication porte le nom de biais de l'automatisation. Pour faire court, il s'agit de la tendance irrationnelle qu'à un agent humain à accepter la recommandation faite par la machine même lorsque celui-ci suspecte une erreur dans le chef de cette dernière<sup>50</sup>. L'article 22 RGPD peut ainsi être considéré comme la réponse législative à la crainte de voir les personnes en charge de la prise de décision se cantonner à une simple

Well-Known Elephant Tales », *Communications Laws*, vol. 24, n° 4, 2019, pp. 157-170.

<sup>47</sup> J. KLEINBERG *et al.*, « Discrimination in the Age of Algorithms », *Journal of Legal Analysis*, vol. 10, 2018, pp. 113-174.

<sup>48</sup> J. DE COOMAN, « Whose Bias is It, Anyway ? The Need for a Four-Eyes Principle in AI-Driven Competition Law Proceedings », JMN EULEN Working Papers Serie No. 07-23, 2023, <https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2023/06/3.-WP-De-Cooman.pdf>.

<sup>49</sup> Commission des Communautés européennes, Proposition modifiée de directive du Conseil 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, 15 octobre 1992, COM(92) 422 final – SYN 287, p. 27.

<sup>50</sup> S. ALON-BARKAT et M. BUSUIOC, « Human-AI Interactions in Public Sector Decision Making : "Automation Bias" and "Selective Adherence" to Algorithmic Advice », *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 33, n° 1, 2023, pp. 153-169.

A. HEYES et S. SABERIAN, « Temperature and Decisions : Evidence from 207,000 Court Cases », *American Economic Journal*, vol. 11, n° 2, 2019, pp. 238-265.

<sup>43</sup> C. R. SUNSTEIN, « Governing by Algorithm ? No Noise and (Potentially) Less Bias », *Duke Law Journal*, vol. 71, n° 6, 2022, pp. 1175-1205, 1179.

<sup>44</sup> C. R. SUNSTEIN, « The use of algorithms in society », *The Review of Austrian Economics*, 2023, <https://doi.org/10.1007/s11138-023-00625-z>.

<sup>45</sup> C.-Y. KU, « When Als Say Yes and I Say No », *Információs társadalom : társadalomtudományi folyóirat*, vol. 19, n° 4, 2019, pp. 61-76, 69.

<sup>46</sup> Voy. *mutatis mutandis* A. SANCHEZ-GRAELLS, « Data-Driven and Digital Procurement Governance : Revisiting Two

fonction d'estampillage des recommandations algorithmiques<sup>51</sup>. Ce n'est donc plus tant la *contestabilité* de la décision qui justifie l'interdiction de les adopter exclusivement sur base d'un traitement automatisé, mais bien une question de *responsabilité*. À cet égard, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD cristallise la crainte que présente le législateur européen au regard des décisions automatisées biaisées ou erronées et pourtant adoptées soit directement, soit par un décideur humain faisant preuve d'une trop grande déférence vis-à-vis de la machine<sup>52</sup>. Un contrôle humain effectif est ainsi érigé en garde-fou nécessaire pour corriger ces problèmes<sup>53</sup>. Par ailleurs, une telle intervention humaine aurait pour corollaire de maintenir les décideurs humains responsables de la prise de décision.

Au demeurant, il est sans doute utile de souligner que la crainte de l'erreur due à l'automatisation n'est pas limitée au RGPD. On retrouve

également cette raison d'être au sein de la directive 2016/681 relative à l'utilisation des données des dossiers partagés (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité (ci-après, Directive PNR), selon laquelle « les autorités compétentes ne peuvent prendre aucune décision produisant des effets juridiques préjudiciables à une personne ou l'affectant de manière significative sur la seule base du traitement automatisé des données PNR » (art. 6, § 6, PNR)<sup>54</sup>. La CJUE, interrogée sur la validité de certaines dispositions de la Directive PNR à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en a fourni la raison d'être<sup>55</sup>. Sans qu'il soit besoin d'analyser ici cet arrêt dans le détail<sup>56</sup>, la CJUE va relever « que, dans la mesure où des analyses automatisées des données PNR sont effectuées à partir de données à caractère personnel non vérifiées et où elles se fondent sur des modèles et des critères préétablis, elles présentent nécessairement un certain taux d'erreur »<sup>57</sup>. Plus précisément,

<sup>51</sup> Quelques auteurs sont toutefois particulièrement critiques quant à l'efficacité d'une telle solution, mettant en doute la capacité des décideurs humains de se départir de leurs biais cognitifs et du biais de l'automatisation. Sur ce point, voy. C.-Y. Ku, « When Als Say Yes and I Say No », *Információs társadalom : társadalomtudományi folyóirat*, vol. 19, n° 4, 2019, pp. 61-76.

<sup>52</sup> M. BRKAN, « Do algorithms rule the world ? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, n° 2, 2019, pp. 91-121.

<sup>53</sup> A. ROIG, « Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR) », *European Journal of Law and Technology*, vol. 8, n° 3, 2017, pp. 1-17. Comme souligné ci-avant, certains auteurs craignent que le biais de l'automatisation soit à ce point prégnant qu'il vide de toute substance le garde-fou du contrôle humain effectif. Si les décideurs humains, même éclairés, ont tendance à suivre aveuglément les recommandations algorithmiques, alors le contrôle humain effectif est destiné à n'être qu'une chimère de papier. Sur cette vision (particulièrement pessimiste), voy. C.-Y. Ku, « When Als Say Yes and I Say No », *Információs társadalom : társadalomtudományi folyóirat*, vol. 19, n° 4, 2019, pp. 61-76.

<sup>54</sup> Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *J.O.*, L 119, du 4 mai 2016, pp. 132-149.

<sup>55</sup> Arrêt de la Cour (GC), 21 juin 2022, *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres*, affaire C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491. Dans cette affaire, une association de défense des libertés (Ligue des droits humains) remettait en question la transposition belge de la directive PNR devant la Cour constitutionnelle, conduisant cette dernière à interroger la CJUE.

<sup>56</sup> Pour une analyse plus approfondie, voy. Y. PUILLET et M. LOGNOUL, « L'utilisation d'outils de machine learning à des fins de sécurité publique », *Bulletin de l'AFIA*, n° 120, 2023, pp. 89-95.

<sup>57</sup> Arrêt de la Cour (GC), 21 juin 2022, *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres*, affaire C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491, § 106. Plus exactement, les données des passagers aériens que recueillent les compagnies aériennes doivent être transmises aux autorités publiques nationales compétentes pour être

elle va souligner que le taux de faux positifs s'élevait à au moins cinq personnes sur six au cours des années 2018 et 2019. Ce risque élevé d'erreur est, selon la CJUE, ce qui justifie l'interdiction faite aux autorités compétentes de prendre des décisions produisant des effets juridiques préjudiciables à une personne (ou l'affectant de manière significative) sur la seule base du traitement automatisé des données PNR<sup>58</sup>.

Une fois encore, après avoir identifié la minimisation du risque d'erreur comme autre objectif poursuivi par l'article 22, encore faut-il établir à quoi cet objectif conduit : une interdiction, ou un droit subjectif de la personne concernée ? Pour répondre à cette question, il ne faut pas se laisser induire en erreur par la nébulosité sémantique du mot « biais »<sup>59</sup>. Il ne s'agit pas simplement de dire que la raison d'être de l'article 22 est une

prétendue qualité inférieure de la prise de décision automatisée – encore que la CJUE ait pu documenter un risque d'erreur particulièrement significatif dans le contexte des PNR. Si c'était là le seul objectif de cette disposition, elle ne serait ni un droit, ni une interdiction, mais bien une obligation de constituer une base de données la plus qualitative possible<sup>60</sup>. Il ne s'agit pas non plus simplement de lutter contre les biais constituant des discriminations illicites. Ce type de biais étant présent tant dans la prise de décision humaine que dans la prise de décision automatisée, ce n'est ni un droit subjectif d'opposition ou une interdiction de principe qui est requis, mais bien le droit de contester la décision, que l'on retrouve non pas sous le premier mais sous le troisième paragraphe de l'article 22 RGPD. Toutefois, minimiser le risque d'erreur inclut également de lutter contre le biais de l'automatisation. Ce dernier objectif ne peut être atteint que par une interdiction de la prise de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé.

### 3. Interprétation systématique

La méthode d'interprétation systématique, dite aussi logique ou structuraliste, propose à dégager le sens d'un texte par l'analyse de son contexte ou de sa structure<sup>61</sup>. Cette méthode mène à des conclusions différentes selon que ce qui fait l'objet de l'analyse est (a) la structure de l'article 22 ou (b) du RGPD.

confrontées « aux bases de données utiles aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité [...] » (art. 6 PNR). La CJUE va d'abord relever qu'il s'agit ici d'une ingérence dans les droits fondamentaux des passagers « d'une gravité certaine [...] dans la mesure notamment où elle vise à instaurer un régime de surveillance continu » (§ 111). Conformément à sa pratique relative aux principes de légalité et de proportionnalité, la CJUE va alors vérifier que la directive PNR est, d'une part, en mesure d'atteindre les objectifs qu'elle poursuit et, d'autre part, que les (graves) ingérences qu'elle suppose sont strictement nécessaires pour y parvenir. À la lumière de ce dernier point, la CJUE va relever que l'évaluation préalable des données PNR au moyen de traitements automatisés se déroule en deux temps. D'abord, l'unité d'information passagers désignée (UIP) de l'État membre concerné procède à des traitements automatisés des données PNR en les confrontant à des bases de données ou au regard de critères préétablis. Ensuite, dans l'hypothèse où ces traitements automatisés conduisent à une concordance positive (*hit*), l'UIP effectue un réexamen individuel par des moyens non automatisés, afin de vérifier si les autorités compétentes visées à l'article 7 de ladite directive doivent prendre des mesures en vertu du droit national (*match*) (§ 177).

<sup>58</sup> *Ibid.*, § 179.

<sup>59</sup> Voy. *supra*, notes 42-44.

<sup>60</sup> Voy. par analogie l'article 10 du règlement UE 2024/... du Parlement européen et du Conseil du... établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle [et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (législation sur l'intelligence artificielle)], non encore publié au *Journal officiel* (version votée au Parlement européen le 13 mars 2024).

<sup>61</sup> P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 165.

a) *Interprétation systématique de l'article 22 RGPD*

La structure de l'article 22 RGPD ne permet pas de conclure que son paragraphe 1<sup>er</sup> est un droit ou une interdiction. En effet, de prime abord, il peut être tentant de vouloir tirer de l'article 22, § 3, qui prévoit notamment le droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine, un argument en faveur de la thèse selon laquelle l'article 22, § 1<sup>er</sup>, est une interdiction. En effet, si cette dernière disposition devait être un droit, elle ferait doublon avec l'article 22, § 3. Après tout, qu'est-ce qu'un droit de s'opposer au traitement automatisé si ce n'est le droit d'obtenir une intervention humaine ? Ainsi, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, devrait être interprété comme une interdiction, exceptionnellement levée dans le cadre des exceptions de l'article 22, § 2, RGPD. Dans ces circonstances, l'article 22, § 3, RGPD et son droit à obtenir une intervention humaine interviendrait comme ultime garde-fou<sup>62</sup>.

Il existe néanmoins une autre interprétation, tout aussi convaincante. Même si les articles 22, § 1<sup>er</sup> et 22, § 3 devaient prévoir le même mécanisme de protection de la personne concernée, ils ne pourraient être considérés comme des doublons car ils n'ont pas le même champ d'application. L'article 22, § 1<sup>er</sup>, serait ainsi interprété comme le droit subjectif de s'opposer au traitement automatisé et l'article 22, § 3, comme les mesures devant être mises en place par le responsable du traitement lorsque, en vertu d'une des exceptions de l'article 22, § 2, la personne concernée n'est pas en mesure d'exercer son droit subjectif<sup>63</sup>.

En réalité, l'argument tiré d'une lecture structuraliste de l'article 22 permettant de conclure que son paragraphe 1<sup>er</sup> est une interdiction ou un droit subjectif ne se trouve pas dans le parallélisme avec le troisième paragraphe, mais bien au sein des exceptions de l'article 22, § 2. En effet, l'article 22, § 2, c), RGPD prévoit une exception pour consentement qui ne fait sens que si cette disposition est interprétée comme une interdiction. Selon le groupe de travail « Article 29 », si l'article 22, § 1<sup>er</sup>, devait être interprété comme un droit d'opposition, l'exception qui prévoit « que la prise de décision automatisée peut encore avoir lieu sur la personne concernée a donné son consentement explicite (art. 22, § 2, c), RGPD) « n'aurait pas beaucoup de sens » car « une personne concernée ne peut pas s'opposer et consentir au même traitement »<sup>64</sup>. Pour le dire autrement, si l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD devait être interprété comme un droit subjectif dans le chef des personnes concernées, ces dernières s'abstiendraient simplement d'invoquer ce droit lorsqu'elles ont consenti au traitement automatisé et, partant, l'exception pour le consentement de l'article 22, § 2, c) RGPD ne ferait aucun sens<sup>65</sup>. C'est en tout cas la conclusion qui l'emporte lorsqu'est posé le postulat de rationalité du législateur selon lequel « le législateur ne fait rien d'inutile »<sup>66</sup>. Plus exactement,

or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 190.

<sup>64</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 40.

<sup>65</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 190.

<sup>66</sup> F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in M. VAN

<sup>62</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 40.

<sup>63</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition

le législateur « ne parle pas pour énoncer des évidences juridiques »<sup>67</sup>. Or, prévoir une exception pour consentement à un droit subjectif qui requiert, par définition, qu'un rôle actif soit joué par la personne concernée, c'est la quintessence même de l'évidence juridique et de la disposition inutile.

### b) *Interprétation systématique du RGPD*

Contrairement à l'interprétation structurelle de l'article 22 RGPD, qui tend à indiquer que son paragraphe 1<sup>er</sup> est une interdiction vu l'exception pour consentement de l'article 22, § 2, c), une interprétation systématique du texte du RGPD soutient la conclusion selon laquelle l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, doit être considéré comme un droit subjectif de la personne concernée.

Il faut tout d'abord relever que l'article 22 fait partie du chapitre 3 du RGPD, intitulé « droits de la personne concernée ». De prime abord, on peut être tenté d'en conclure que l'article 22, § 1<sup>er</sup>, doit être interprété comme un droit et qu'il vient ainsi compléter les (indiscutables) droits d'accès de la personne concernée (art. 15 RGPD), de rectification (art. 16 RGPD), à l'effacement (art. 17 RGPD), à la limitation du traitement (art. 18 RGPD), à la portabilité des données (art. 20 RGPD) et d'opposition (art. 21 RGPD).

Or comme souligné ci-avant, si l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD devait être interprété comme un droit subjectif de la personne concernée, il prendrait la forme d'un droit d'opposition. Partant, il eut été plus logique d'inclure ce droit de la personne concernée de s'opposer, *inter alia*, au profilage, sous l'article 21 RGPD qui organise plusieurs droits d'opposition<sup>68</sup>. Le choix

du législateur d'ériger l'article 22 comme une disposition distincte suggère ainsi sa volonté de ne pas en faire un droit.

Par ailleurs, bien que le chapitre 3 soit intitulé « droit de la personne concernée », il n'en reste pas moins que certaines des dispositions qui s'y trouvent sont bien des obligations à charge du responsable de traitement. C'est le cas, notamment, des obligations d'information (art. 13 et 14 RGPD) et de notification (art. 19 RGPD). Dès lors, inclure une interdiction (art. 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD) sous le chapitre qui traite des droits n'est guère fort surprenant. Néanmoins, cet argument n'entraîne pas la conviction de tous. Il a été soutenu qu'inclure les obligations d'informations et de notifications du responsable du traitement sous le chapitre 3 fait sens tant matériellement que structurellement car ces obligations sont nécessaires à la mise en œuvre effective des droits subjectifs des personnes concernées. Au contraire, l'article 22, s'il devait s'agir d'une interdiction, trouverait mieux sa place au sein du chapitre 2 contenant les principes du traitement des données à caractère personnel<sup>69</sup>. Si l'argument est convaincant, il ne faut toutefois pas oublier que l'article 22, § 3, RGPD est indubitablement un droit subjectif de la personne concernée,

DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, Presses Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 1978, pp. 97-184, 171.

<sup>67</sup> P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 183.

<sup>68</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling »,

in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 87 ; A. ROIG, « Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR) », *European Journal of Law and Technology*, vol. 8, n° 3, 2017, pp. 1-17 ; M. BRKAN, « Do Algorithms Rule the World ? Algorithmic Decision Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and Beyond », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, n° 2, 2019, pp. 91-121, 98-99 ; L. COLONNA, « Teachers in the loop ? An analysis of automatic assessment systems under Article 22 GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 3-18, 6.

<sup>69</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 191.

ce qui justifie le choix du législateur de placer l'article 22 sous le chapitre 3 quand bien même son paragraphe 1<sup>er</sup> serait une interdiction et non un droit<sup>70</sup>.

Bien plus convaincant est l'argument fondé sur ~~l'imbrication des articles 13, § 2, f) et 14, § 2, g), RGPD avec l'article 22, § 1<sup>er</sup>~~. Aux termes de l'article 13 § 2, f), RGPD, le responsable du traitement doit informer la personne concernée (lorsque les données à caractère personnel sont collectées auprès d'elle) de « l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22, paragraphes 1 et 4 », afin de garantir un traitement équitable et transparent. L'article 14, § 2, g), prévoit la même obligation lorsque les données à caractère personnel n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée. Le fait que ces dispositions visent spécifiquement les paragraphes 1 et 4 de l'article 22 est problématique car cela suggère, littéralement, que sont seulement visés les cas de ces deux paragraphes et non de l'article 22 au complet. Autrement dit, l'applicabilité des articles 13 à 15 serait strictement limitée à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD (et article 22, § 4, lorsque la décision est exclusivement fondée sur le traitement de données personnelles appartenant à une catégorie particulière de l'article 9 RGPD)<sup>71</sup>. À l'inverse, ces dispositions ne s'appliqueraient pas lorsque la décision automatisée est prise conformément aux exceptions de l'article 22, § 2, RGPD. Partant, certains auteurs en ont conclu que l'article 22,

§ 1<sup>er</sup>, ne pouvait être autre chose qu'un droit subjectif de la personne concernée. En effet, si l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD devait être interprété comme une interdiction, les obligations d'informations susmentionnées seraient sans objet car cela reviendrait à conclure que le RGPD exige du responsable du traitement qu'il fournisse des informations sur une activité interdite<sup>72</sup>. Selon les partisans d'une interprétation de cette disposition comme d'un droit subjectif, il serait vain d'essayer de résoudre cette contradiction en considérant que les obligations d'information des articles 13 et 14 ne valent que si l'interdiction de la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé est exceptionnellement levée en vertu d'une des trois exceptions de l'article 22, § 2, RGPD. Leur argument est, une fois de plus, fondé sur une interprétation littérale du texte : si l'article 22, § 1<sup>er</sup> devait être une interdiction de la prise de décision exclusivement fondée sur le traitement automatisé qui ne peut être autorisée que selon l'une des trois exceptions de l'article 22, § 2, alors les obligations d'information des articles 13 et 14 ne feraient sens que si elles devaient être fournies dans le cas de l'une de ces exceptions. Ce n'est toutefois pas ce qu'indique le texte des articles 13 et 14, qui ne font pas référence à l'article 22, § 2, mais à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD<sup>73</sup>. En outre, ces obligations d'information seraient redondantes avec l'exception pour consentement (art. 22, § 2, c), RGPD) car pour que la personne concernée puisse consentir à une décision automatisée, encore faut-il qu'elle en

<sup>70</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 531.

<sup>71</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS *et S. NAVAS* (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 151.

<sup>72</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 531.

<sup>73</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH *et S. HENSELER*, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 191.

soit préalablement informée<sup>74</sup>. À l'inverse, les obligations d'information des articles 13 et 14 prennent tout leur sens lorsque l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD est interprété non comme une interdiction mais comme un droit subjectif de la personne concernée de s'opposer à la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé. En effet, pour s'opposer à celui-ci, encore faut-il être informé de son existence. Les articles 13 et 14 seraient ainsi **son**t nécessaires à la mise en œuvre effective du droit de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, ce qui justifierait, tant d'un point de vue matériel que structurel, la présence des articles 13, 14 et 22 sous le même chapitre dédié aux droits de la personne concernée.

Cet argument est toutefois contredit par une interprétation téléologique. Comme expliqué ci-dessus, l'un des objectifs de l'article 22 est de s'assurer que la personne concernée conserve un rôle dans la prise de décisions en en assurant la contestabilité<sup>75</sup>. Refuser d'appliquer le droit à l'information des articles 13 à 15 aux décisions automatisées visées à l'article 22, § 2, empêche la réalisation de cet objectif. Bien plus, une telle interprétation serait également contraire à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne puisqu'elle nierait le droit à une protection juridictionnelle effective (qui ne peut être assuré que si la personne concernée est informée de la prise de décision automatisée la concernant)<sup>76</sup>. Dès lors, la référence à l'article 22, §§ 1 et 4, faites aux articles 13, § 2, f), 14, § 2, g) et 15, § 1<sup>er</sup>, h) RGPD doit être interprétée largement pour inclure non seulement l'interdiction faite à l'article 22, § 1<sup>er</sup>,

mais également les exceptions que prévoit l'article 22, § 2, RGPD.

Cette dernière remarque permet d'écarter la position selon laquelle une interprétation systématique des articles 13 à 15 et 22 RGPD suggère que cette dernière disposition est un droit subjectif plutôt qu'une interdiction. En effet, cette position n'est nécessaire que si les articles 13 à 15 RGPD sont interprétés strictement pour ne viser que l'article 22, § 1<sup>er</sup>. Or, une telle interprétation (littérale) doit être écartée au profit d'une lecture plus large du droit à l'information, en vertu de l'interprétation téléologique de l'article 22. Ainsi, si le droit à l'information des articles 13 à 15 vaut pour l'article 22 *in globo* et n'est pas limité à ses paragraphes 1 et 4, alors il devient inutile d'interpréter l'article 22, § 1<sup>er</sup> comme un droit subjectif plutôt qu'une interdiction pour donner sens au droit à l'information des articles 13 à 15 RGPD.

#### 4. Méthode d'interprétation historique

La méthode d'interprétation historique, ou génétique, suggère que l'on peut en apprendre beaucoup d'un texte « en le remplaçant dans le contexte de sa genèse »<sup>77</sup>. Dans cette perspective, il est utile de rappeler que le texte proposé par le Parlement européen contenait un droit d'opposition au profilage, formulation qui a disparu de la version finalement adoptée. Le fait d'inclure puis d'exclure le droit d'opposition suggère que le législateur européen a préféré interdire la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé et de ne l'autoriser que dans le cadre des trois exceptions de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 191n59.

<sup>75</sup> Voy. *supra*, note 40.

<sup>76</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 151.

<sup>77</sup> P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 171.

<sup>78</sup> F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022,

Selon toutefois les partisans d'une interprétation de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD comme d'un droit subjectif, l'exclusion du terme « opposition » ne permet de conclure à une interdiction de principe car l'article 15 DPD, qui ne contenait pas non plus le verbe « s'opposer » était lui-même rédigé comme le droit (et généralement interprété comme tel) de ne pas être soumis à une décision automatisée<sup>79</sup> – encore que sa transposition ait été tout sauf harmonisée, certains États membres ayant choisi d'introduire une interdiction (notamment, l'Autriche, la Belgique, l'Allemagne et la Finlande), d'autres un droit subjectif (notamment, le Royaume-Uni), et d'autres enfin une approche hybride combinant interdiction pour certains traitements et droit d'opposition pour d'autres (notamment, l'Italie)<sup>80</sup>. Ce dernier

argument est toutefois balayé par l'exception pour consentement que ne contenait pas l'article 15 DPD. En effet, si l'article 15 DPD devait être interprété comme un droit subjectif de la personne concernée, l'introduction d'une exception pour consentement sous l'article 22, § 2, c), RGPD – qui ne fait sens que si l'article 22, § 1<sup>er</sup>, est une interdiction – suggère la volonté du législateur européen d'abandonner l'approche qui prévalait sous l'empire de la DPD et d'opérer un changement de paradigme depuis un droit d'opposition (art. 15 DPD) vers une interdiction (art. 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD).

### 5. La réponse de la Cour : le « droit de ne pas faire l'objet... » est une interdiction

Selon l'avocat général M. Priit Pikamäe, une lecture combinée du considérant 71 et de l'article 22, § 2, RGPD, qui énonce les cas dans lesquels le traitement automatisé est exceptionnellement autorisé permet plutôt de conclure que l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, « établit une interdiction générale » des décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé<sup>81</sup>. La CJUE va suivre les conclusions de son avocat général. Justifiant sa prise de position sur la même lecture combinée, la CJUE va ainsi juger que l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, « édicte une interdiction de principe dont la méconnaissance ne nécessite pas d'être invoquée de manière

pp. 183-198, 184. D'autres auteurs, retraçant l'histoire législative de l'article 22, ont au contraire fait valoir qu'il n'est manifestement pas conforme à l'interprétation de cette disposition comme une interdiction générale. Voy. par exemple S. WACHTER, B. MITTELSTADT et L. FLORIDI, « Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017, pp. 76-99 ; E. PEHRSSON, « The Meaning of the GDPR Article 22 », *EU Law Working Papers*, n° 31, Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2018, [https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/05/pehrsson\\_eulawwp31.pdf](https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/05/pehrsson_eulawwp31.pdf).

<sup>79</sup> Plus exactement, « les États membres reconnaissent à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc. » (art. 15, § 1<sup>er</sup>, DPD). Sur ce point, voy. F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 189.

<sup>80</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 86. Cette divergence de transposition est d'un secours

limité pour qualifier l'article 22, § 1<sup>er</sup>, de droit ou d'interdiction, la divergence de transposition pouvant s'expliquer par le fait qu'une directive, par définition, laisse plus de marge de manœuvre aux États-membres qu'un règlement. F. THOUVENIN, A. FRUH et S. HENSELER, « Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making : Prohibition or Data Subject Right ? », *European Data Protection Law Review*, vol. 8, n° 2, 2022, pp. 183-198, 189.

<sup>81</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 31 (l'emphase est celle de l'avocat général).

*individuelle* par [la personne concernée] »<sup>82</sup>. Cette qualification faite par la CJUE, qui va dans le sens des recommandations du groupe de travail « Article 29 » ainsi que de la majorité de la doctrine, n'est guère surprenante vu l'objectif de protection assumé par le RGPD et les arguments issus de la méthode d'interprétation téléologique : ériger l'article 22, § 1<sup>er</sup>, en interdiction de principe est bien plus protecteur que de le qualifier de droit devant être mis en œuvre *ex post* par les personnes concernées<sup>83</sup>. Toutefois, on peut regretter que ni l'avocat général, ni la CJUE n'ait pris la peine de mieux justifier la qualification de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, en tant qu'interdiction vu les arguments convainquants soutenant qu'il s'agissait en réalité d'un droit – notamment et surtout en raison de la lecture combinée de cette disposition et des obligations du responsable du traitement d'informer la personne concernée de l'existence du traitement automatisé (art. 13, § 2, f) et 14, § 2, g), RGPD)<sup>84</sup>.

## B. Controverse n° 2 : qu'est-ce qu'une *décision* ?

Lorsque le processus décisionnel peut être scindé en plusieurs étapes distinctes, distinguer la décision de la mesure préparatoire est parfois herculéen (1). C'est justement la problématique à laquelle était confrontée la CJUE dans *SCHUFA*. L'analyse de la CJUE est toutefois étrange, puisqu'elle va définir une décision comme une

mesure produisant des effets juridiques concernant une personne concernée ou l'affectant, de façon similaire, de manière significative (2). Il semble ici qu'il y ait une analyse simultanée des conditions de « décision » et « d'effet » requises pour l'application de l'article 22 RGPD. Ce raisonnement – somme toute alambiqué – permet néanmoins de résoudre les problèmes liés aux systèmes de profilage à multiples étapes et de conclure qu'une mesure préparatoire à la prise de décision peut être qualifiée de décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD (3).

### 1. *Système de profilage à multiples étapes*

Le RGPD est silencieux quant à ce qui doit être considéré comme une décision<sup>85</sup>. Cette absence de conceptualisation est particulièrement problématique lorsque le traitement automatisé des données personnelles d'une personne concernée contribue à informer une « décision » finale prise par un décideur humain<sup>86</sup>. Interprétée strictement, la décision

<sup>82</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 52 (nous soulignons).

<sup>83</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 87 (« from both a logical point of view and a more teleological perspective rooted in concern for privacy and data protection as fundamental rights, it makes most sense to conclude that the apparent right provided by art. 22(1) does not have to be exercised by the data subject »).

<sup>84</sup> Voy. *supra*, notes 75-76.

<sup>85</sup> Sur ce point, voy. not. D. KAMARINOU, C. MILLARD et J. SINGH, « Machine Learning with Personal Data », *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper*, No. 247/2016, 8 novembre 2016, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2865811](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2865811), p. 12.

<sup>86</sup> Il est pertinent de souligner pour le surplus que la décision doit être « individuelle ». Cette condition, bien que non mentionnée dans le texte de l'article 22 RGPD, peut tout de même être déduite vu l'utilisation du singulier, et non du pluriel, pour désigner la personne concernée. Ainsi, l'article 22 ne concernerait que les décisions automatisées concernant une personne concernée, ainsi que les décisions automatisées en concernant plusieurs lorsqu'elles peuvent être divisées en plusieurs décisions individuelles. Sur cette question, voy. M. BRKAN, « Do Algorithms Rule the World ? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond », *Social Science Research Network*, 2017, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3124901>. CloseDeleteEdit, p. 8 ; J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », *Erasmus Law Review*, vol. 3, 2018, pp. 178-189 ; L. COLONNA, « Teachers in the loop ? An analysis of automatic assessment systems under Article 22 GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 3-18, 9.

à laquelle l'article 22, § 1<sup>er</sup>, fait référence ne peut être que la décision finale. Interprété plus largement, les actions intermédiaires permettant l'adoption de la décision finale peuvent également être qualifiées de décision au sens de cette disposition<sup>87</sup>. Autrement dit, toute la question est de savoir si le traitement automatisé est, en soi, une décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, ou s'il ne s'agit que d'une activité préparatoire à la prise de décision – c'est-à-dire une simple recommandation<sup>88</sup>. Il est par ailleurs raisonnable de se demander si une distinction entre les deux doit être tracée, *a fortiori* lorsqu'est prise en compte la nature sociotechnique du processus décisionnel, dans le cadre duquel il est déraisonnable de considérer la décision humaine et le traitement automatisé qui la précède comme deux événements isolés plutôt que dans le cadre d'un processus de cocréation<sup>89</sup>. Ainsi, dans le contexte de *SCHUFA*, il est difficile de distinguer la recommandation (automatisée) de ne pas octroyer un crédit de la décision de l'établissement de crédit d'effectivement ne pas l'octroyer<sup>90</sup>.

À la lumière de cette dernière remarque, Binns et Veale ont bien établi que « l'intervention humaine et/ou la portée d'une décision peuvent être stratifiées par étapes ou par des résultats particuliers de la décision »<sup>91</sup>. C'est ce qu'ils ont

appelé le « système de profilage à multiples étapes »<sup>92</sup>. Bygrave soulignait également qu'une décision pouvait constituer « une action intermédiaire dans un processus plus large impliquant potentiellement plusieurs décisions »<sup>93</sup>. Plus exactement, trois systèmes de profilage à multiples étapes peuvent être identifiés. Premièrement, le traitement automatisé peut être utilisé (1) pour fournir une information au décideur humain (système d'aide à la décision), (2) pour déterminer les cas qui doivent être traités en aval par un décideur humain (système de triage) ou (3) pour consolider les décisions d'un ou de plusieurs décideurs humains, en aval de leur intervention (système de synthèse)<sup>94</sup>.

Dans une telle relation multi-étapes humain-machine, identifier ce qui doit être considéré comme la décision est particulièrement délicat. Deux candidats émergent. De prime abord, il est tentant de dire que la décision doit être localisée au stade du traitement automatisé en tant que tel. Dans le contexte de *SCHUFA*, cela reviendrait à dire que la décision se trouve au stade de l'établissement d'une valeur de probabilité mesurant la solvabilité d'une personne concernée. Cette première hypothèse suggère que sans le traitement automatisé en amont, il ne peut y avoir d'effet juridique concernant la personne concernée ou l'affectant de manière significative de façon similaire (en l'occurrence, le refus d'octroyer un crédit)<sup>95</sup>. Toutefois, la décision peut aussi bien se trouver en aval, à l'étape qui

<sup>87</sup> H. PARVAINEN, « Can algorithmic recruitment systems lawfully utilise decision-making in the EU ? », *European Labour Law Journal*, vol. 13, n° 2, 2022, pp. 225-248.

<sup>88</sup> Sur la distinction entre la décision algorithmique et la recommandation algorithmique, voy. K. YEUNG, « Algorithmic regulation : A critical interrogation », *Regulation & Governance*, vol. 12, n° 4, 2018, pp. 505-523.

<sup>89</sup> L. COLONNA, « Teachers in the loop ? An analysis of automatic assessment systems under Article 22 GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 3-18, 10.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 10 (qui discute toutefois de l'enseignement et non de la solvabilité des personnes concernées).

<sup>91</sup> R. BINNS et M. VEALE, « Is that your final decision ? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the

GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 11, 2021, pp. 319-332, 321 (traduction libre).

<sup>92</sup> *Ibid.* (traduction libre de « multi-stage profiling system »).

<sup>93</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 532 (traduction libre).

<sup>94</sup> R. BINNS et M. VEALE, « Is that your final decision ? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 11, 2021, pp. 319-332, 322.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 325.

produit directement ledit effet (la décision de l'organisme de crédit). Cette seconde hypothèse suppose que si un décideur humain conserve un pouvoir discrétionnaire, toute décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, ne peut être prise qu'à ce stade précis du processus décisionnel<sup>96</sup>. En effet, s'il est clair que le traitement automatisé se situe en amont de la production de l'effet juridique (ou d'impact similaire) dans la chaîne de causalité, il peut ne pas être suffisant, lorsqu'il existe un pouvoir discrétionnaire en aval, pour être qualifié de décision.

Le choix entre l'une ou l'autre de ces hypothèses a un impact pratique non négligeable : si une décision au sens large se trouve en amont, au stade du traitement automatisé (opéré en l'occurrence par la société d'information commerciale SCHUFA), cette dernière produisant un effet juridique (ou d'impact similaire) en aval (lorsque l'établissement de crédit décide d'octroyer ou refuser le prêt), l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD trouvera toujours à s'appliquer. Si, à l'inverse, la décision doit être appréciée à un stade ultérieur, lorsqu'un être humain intervient dans le processus décisionnel, alors cette disposition ne s'appliquera pas – sauf si l'être humain ne fait qu'estampiller la conclusion du traitement automatisé, comme cela a été souligné *supra*<sup>97</sup>.

Bien qu'il s'agisse d'un problème relativement ancien – il était déjà difficile de distinguer ce qui devait être considéré comme une décision de ce qui ne le devait pas sous l'empire de l'article 15 DPD – celui-ci n'a pas encore fait l'objet d'une analyse holistique par la doctrine juridique<sup>98</sup>. La lecture de cette dernière permet

toutefois de dégager deux observations. Premièrement, vu les raisons d'être qui sous-tendent l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, le concept de décision devrait être entendu dans une acception particulièrement large, car c'était déjà le cas sous l'empire de la DPD<sup>99</sup>. Par ailleurs, le considérant 71 RGPD souligne qu'une décision peut être une mesure, suggérant ainsi qu'une interprétation large doit être donnée à ce concept. Deuxièmement, il découle du libellé même de cette disposition qu'elle s'applique aux *décisions* fondées sur un traitement automatisé et non au *traitement automatisé* en tant que tel<sup>100</sup>. Cela signifie que le traitement automatisé est licite sous l'empire de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, cette disposition n'interdisant, sauf les exceptions du deuxième paragraphe, que la prise de décision fondée sur ledit traitement<sup>101</sup>.

## 2. La position de la CJUE et son analyse simultanée des conditions de « décisions » et « d'effets »

Vu le flou qui règne quant aux contours de ce qui doit être considéré comme une décision,

*Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023) co-located with the 19th International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2023)*, Braga, Portugal, 19 juin 2023, CEUR Workshop Proceedings, vol. 3428, disponible sur <https://ceur-ws.org/Vol-3423/paper8.pdf>.

<sup>99</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 532. Voy. égal. D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 143.

<sup>100</sup> L. TOSONI, « The right to object to automated individual decisions : resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 11, n° 2, 2021, pp. 145-162.

<sup>101</sup> J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », *Erasmus Law Review*, vol. 3, 2018, pp. 178-189, 182.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>97</sup> Voy. *supra*, note 51.

<sup>98</sup> P. A. E. DAVIS et S. F. SCHWEMER, « Rethinking Decisions under Article 22 of the GDPR : Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making », in J. G. CONRAD *et al.* (dir.), *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent*

les précisions qu'apportent *SCHUFA* doivent être accueillies avec une certaine bienveillance. Selon l'avocat général M. Priit Pikamäe, c'est justement « l'absence de définition légale » qui « permet de déduire que le législateur de l'Union a opté pour une notion large, susceptible d'inclure plusieurs actes pouvant affecter la personne concernée de multiples manières »<sup>102</sup>. Opter pour une définition large du concept de décision découle logiquement d'une interprétation linguistique de l'article 22 et du considérant 71 RGPD, ce dernier disposant qu'une décision « peut comprendre une *mesure*, impliquant l'évaluation de certains aspects personnels la concernant [...] ». Les mots choisis par le législateur européen semblent suggérer que l'acception à donner au concept de décision est plus large que sa signification formelle. Une rapide interprétation téléologique le confirme. D'une part, le RGPD a pour objectif de protéger les droits fondamentaux, notamment le droit à la protection des données personnelles. D'autre part, comme souligné *supra*, l'article 22 RGPD opérationnalise le droit de la personne concernée à participer au processus de prise de décision et la protège contre le biais de l'automatisation<sup>103</sup>. Or, une interprétation restrictive de ce qui constitue une « décision » ne peut être alignée avec ce double objectif. Doit dès lors être considéré comme telle une prise de position particulière adoptée vis-à-vis de la personne concernée et qui a un impact juridique, économique, ou social<sup>104</sup>. Doivent ainsi, selon le législateur européen, être considérées comme des décisions « le rejet automatique d'une demande de crédit en ligne ou des pratiques de recrutement en ligne

sans aucune intervention humaine » (considérant 71 RGPD).

La CJUE va confirmer cette interprétation du concept de décision dans *SCHUFA*. Relevant également que le RGPD ne donne aucune précision quant à ce qui doit être entendu comme une décision, elle va, se basant sur le considérant 71 RGPD, juger que la notion de décision revêt une « portée large » et implique « l'évaluation de certains aspects personnels concernant une personne, dont celle-ci devrait avoir le droit de ne pas faire l'objet »<sup>105</sup>. Doit ainsi être considérée comme une décision « une mesure qui soit "produit des effets juridiques la concernant", soit, "de façon similaire, l'affecte de manière significative" »<sup>106</sup>.

Cette dernière remarque peut sembler étrange. En effet, le champ d'application de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD ne concerne pas toutes les décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé. Au contraire, il est restreint à ces décisions qui produisent des effets juridiques à l'égard de la personne concernée ou qui l'affectent de manière significative de façon similaire – nonobstant la nature, positive ou négative, de l'impact<sup>107</sup>. Or, la CJUE définit dans

<sup>105</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, paras 44-45.

<sup>106</sup> *Ibid.*, (citant le considérant 71 RGPD).

<sup>107</sup> L'article 22 RGPD s'applique en effet tant aux décisions qui ont un effet juridique (ou équivalent) positif que négatif. Cette conclusion découle d'une lecture comparative des articles 22 RGPD et 11 de la directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil (J.O., L 119, 4 mai 2016, pp. 89-131), ce dernier disposant, *in limine*, que « toute décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, qui produit

<sup>102</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 38.

<sup>103</sup> Voy. *supra*, section III.A.2.

<sup>104</sup> *Ibid.*

*SCHUFA* la décision comme une mesure produisant des effets juridiques concernant une personne concernée ou l'affectant, de façon similaire, de manière significative. Elle semble donc analyser simultanément les conditions de « décision » et « d'effets juridiques ou similaires » requises pour l'application de l'article 22 RGPD. En d'autres termes, ce qui produit de tels effets doit être considéré comme une décision.

À la lumière de ce qui précède, il faut maintenant définir ce que le législateur désigne sous l'appellation d'« effets juridiques ou d'effet affectant une personne concernée de manière significative de façon similaire ». Si aucun de ces termes n'est défini par le RGPD, le libellé de cette disposition est toutefois révélateur : sont seules concernées les décisions qui ont des effets juridiques sur la personne concernée ou des effets qui, bien que non juridiques, l'affectent tout autant<sup>108</sup> – sans que cet impact doive forcément être de nature pécuniaire<sup>109</sup>. Une telle formulation suggère que le législateur européen reconnaît qu'une décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé peut, même si elle n'affecte

pas la situation juridique d'une personne concernée, impacter cette dernière à tel point que celle-ci recherche la protection de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Dans cette hypothèse, « le niveau d'importance doit être similaire à celui d'une décision produisant des effets juridiques »<sup>110</sup>. Sont ainsi seuls visés les effets du traitement automatisé qui sont « suffisamment conséquents ou importants », notamment les décisions de nature à « affecter de manière significative la situation, le comportement ou les choix des personnes concernées, avoir un impact prolongé ou permanent sur la personne concernée, ou à l'extrême, entraîner l'exclusion ou la discrimination des personnes »<sup>111</sup>. De ce fait, il est généralement avancé que les effets émotionnels, gênants ou simplement incommodants ne rencontrent pas le seuil d'exigence d'impact significatif équivalent à un effet juridique<sup>112</sup>. C'est la raison pour laquelle la publicité ciblée<sup>113</sup> n'est généralement pas qualifiée de décision affectant significativement les personnes concernées au sens de l'article 22 RGPD, sauf lorsque cette pratique publicitaire conduit à une discrimination systématique et répétée<sup>114</sup>. Le

des effets juridiques *défavorables* pour la personne concernée ou l'affecte de manière significative, est interdite ». Or, la précision faite par le législateur à l'article 11 LED vis-à-vis de la formulation plus générale de l'article 22 RGPD souligne la volonté du législateur européen d'appliquer ce dernier à toutes les décisions automatisées, positives ou négatives. Sur ce point voy. R. BINNS et M. VEALE, « Is that your final decision ? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 11, 2021, pp. 319-332, 326-328.

<sup>108</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98, 89.

<sup>109</sup> P. CHURCH et C. MILLARD, « Commentary on Article 15 of the Data Protection Directive », in A. BÜLLESBACH et al. (dir.), *Concise European IT Law*, 2<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, pp. 83-85 (discutant toutefois de l'article 15 DPD et non de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD).

<sup>110</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 24.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER et al. (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 534.

<sup>113</sup> Par exemple, des bannières qui ajustent automatiquement leur contenu aux préférences de navigation de la personne concernée.

<sup>114</sup> I. MENDOZA et L. A. BYGRAVE, « The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling », in T. SYNODINOU et al. (dir.), *EU Internet Law : Regulation and Enforcement*, Cham, Springer, 2017, pp. 77-98 ; D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime

groupe de travail « Article 29 », qui a confirmé cette interprétation, donne pour exemple la situation d'une personne concernée en difficulté financière à qui la publicité ciblée recommanderait systématiquement les jeux d'argent en ligne<sup>115</sup>.

Par ailleurs, il convient de constater que les décisions produisant des effets juridiques sur les personnes concernées sont facilement objectivables étant donné qu'elles ont un impact direct sur les droits ou le statut juridique des personnes. *A contrario*, dans le cadre d'une décision « affectant la personne concernée de manière significative de façon similaire à un effet juridique », l'objectivité fait place à la subjectivité et le contexte devient crucial afin de déterminer l'impact de la décision prise sur la personne concernée<sup>116</sup>. À cet égard, si l'impact de la décision peut varier en fonction de conditions qui sont personnelles à la personne concernée (par exemple, sa situation économique ou sociale), un certain pouvoir discrétionnaire est conféré au responsable du traitement qui devra déterminer l'impact de la prise de décision<sup>117</sup>. La doctrine juridique a en effet attiré l'attention sur le fait que « la même décision automatisée peut avoir un

impact très différent sur différentes personnes concernées<sup>118</sup>. Ainsi, la décision de refuser l'octroi d'un crédit peut sensiblement plus affecter une personne concernée qu'une autre si cette dernière a, par exemple, des revenus plus confortables que la première<sup>119</sup>. Le haut degré de vulnérabilité d'une personne concernée devrait donc diminuer le seuil à partir duquel il faut considérer qu'une personne concernée est suffisamment affectée par la décision pour considérer que l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD s'applique<sup>120</sup>. Plus exactement, bien que ce seuil doive être déterminé au moyen de facteurs objectifs, une certaine importance doit être donnée « aux attributs particuliers du groupe auquel appartient une personne concernée » et, à plus forte raison, de la personne concernée elle-même<sup>121</sup>.

Reconnaissant qu'il peut être difficile de définir précisément ce qui peut être « considéré comme suffisamment significatif pour atteindre le niveau requis », le groupe de travail « Article 29 » a précisé que « les décisions qui ont une incidence sur la situation financière d'une personne, comme

for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 146.

<sup>115</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 22.

<sup>116</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.) *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 147-149, 145.

<sup>117</sup> J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », *Erasmus Law Review*, vol. 11, n° 3, 2018, pp. 178-189, 182.

<sup>118</sup> M. BRKAN, « Do algorithms rule the world ? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond », *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, n° 2, 2019, pp. 91-121, 102.

<sup>119</sup> Les exemples peuvent évidemment être multipliés : la décision de refuser l'octroi d'un crédit peut sensiblement plus affecter une personne concernée qu'une autre si cette dernière n'a, contrairement à la première, pas d'enfants à charge. Voy. *mutatis mutandis* (car discutant de l'enseignement) L. COLONNA, « Teachers in the loop ? An analysis of automatic assessment systems under Article 22 GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 3-18, 15.

<sup>120</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 535.

<sup>121</sup> *Ibid.* La même logique prévaut pour l'article 22, § 2, RGPD, qui se réfère également à l'examen de la situation concrète de la personne concernée.

son admissibilité à un crédit » doivent être considérées comme affectant la personne concernée de manière significative de façon similaire à un effet juridique<sup>122</sup>. Si cet exemple ne se trouve pas exactement dans le texte du RGPD, son considérant 71 RGPD considère toutefois que « le rejet automatique d'une demande de crédit en ligne » est l'exemple type d'une décision affectant la personne concernée « de façon significative ».

À cet égard, tant l'avocat général que la CJUE vont relever que l'évaluation de la solvabilité de la personne concernée constitue une étape préalable<sup>123</sup> à la décision d'octroyer ou non le crédit<sup>124</sup>. Or, par définition, une décision de refus produit des effets juridiques à l'encontre de la personne concernée puisqu'elle est ainsi exclue d'une relation contractuelle avec l'établissement financier. Ce refus a, par ailleurs une incidence sur la situation financière de la personne concernée<sup>125</sup>. Autrement dit, celle-ci

en sera affectée « de façon similaire » au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Sur ce point, la CJUE n'est donc pas particulièrement innovante. On ne peut le lui reprocher, en ce que le cas d'espèce est cité par le groupe de travail « Article 29 » comme l'exemple d'une décision affectant de façon significative la personne concernée<sup>126</sup>.

### 3. Une mesure préparatoire peut être une décision

Décider, c'est donc choisir, et ce choix doit avoir un impact sur la personne concernée. Toutefois, comme le relève Bygrave, « bien qu'il n'y ait pas d'exigence *prima facie* que la décision prenne une forme particulière, elle doit être formalisée dans la mesure où elle peut être distinguée d'autres étapes qui préparent, soutiennent, complètent ou anticipent la prise de décision »<sup>127</sup>. C'est ici que se trouve la principale difficulté à laquelle la CJUE a dû faire face dans *SCHUFA*. Comme le souligne l'avocat général M. Priit Pikamäe, « il ne faut pas perdre de vue que l'établissement financier, auquel SCHUFA communique le score, est appelé à adopter un acte supposé autonome à l'égard de la personne concernée, à savoir

<sup>122</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 24.

<sup>123</sup> Voy. *supra*, notes 92 et s., sur les systèmes de profils à multiples étapes.

<sup>124</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, paras 34-35 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 48.

<sup>125</sup> Plus exactement (et pour anticiper sur la section suivante), comme le relève la CJUE, l'établissement d'une valeur de probabilité « repose sur un traitement automatisé » et « produit des effets affectant de manière significative la personne concernée dans la mesure où l'action de la tierce partie, à laquelle cette valeur de probabilité est transmise, est guidée de manière déterminante par celle-ci » (nous soulignons). Voy. arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 62. Ainsi, la CJUE

semble suggérer qu'une mesure préalable à la décision « finale » peut être une décision au sens du RGPD si cette dernière présente un caractère déterminant sur la décision finale, lui attachant des effets significatifs similaires. Il semble ainsi y avoir une confusion dans l'esprit de la CJUE entre la première (une décision) et la troisième condition d'application de l'article 22, § 1<sup>er</sup> RGPD (ayant des effets juridiques ou significatifs similaires). Sur ce point, voy. C. G. GRANMAR, « AI-Based Decision-Making and the Human Oversight Under the AI Act », in E. GILL-PEDRO et A. MOBERG (dir.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions : Law and the Governance of Artificial Intelligence*, Cham, Springer, 2023, pp. 181-209, 193.

<sup>126</sup> Voy. *supra*, note 114.

<sup>127</sup> L. A. BYGRAVE, « Article 22 Automated individual decision making, including profiling », in C. KUNNER *et al.* (dir.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-545, 532 (traduction libre).

l'octroi ou le refus de crédit »<sup>128</sup>. Se pose ainsi la question de savoir lequel de ces deux actes – l'établissement du score et l'octroi ou le refus du crédit – peut être qualifié de décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Selon l'avocat général M. Priit Pikamäe, « il est impossible de donner une réponse catégorique à cette question, car la qualification dépend des circonstances de chaque cas particulier »<sup>129</sup>. Il souligne alors que la structure du processus décisionnel est d'une importance cruciale et distingue au sein de celle-ci les phases dites du profilage, de la création du score et de la décision portant sur l'octroi (ou le refus) du crédit proprement dite<sup>130</sup>. Or, rien n'empêche un établissement financier de déléguer une ou plusieurs de ces phases à une société d'information commerciale telle que SCHUFA. Supposer que l'évaluation du crédit ne peut pas être une décision au sens de cette disposition en ce que la décision d'octroyer ou refuser le crédit à proprement parler « incombe formellement à l'établissement financier serait [...] un formalisme excessif »<sup>131</sup>. C'est, au contraire, les conséquences de la prise de décision sur la personne concernée qui est « le facteur décisif »<sup>132</sup>. Dès lors, reconnaissant qu'un score peut produire des effets défavorables non négligeables dans le chef de la personne concernée, « il semble justifié de le qualifier de "décision" au sens de [l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD] lorsqu'un établissement financier lui accorde une importance primordiale dans la procédure de prise de décision »<sup>133</sup>. Ainsi, pour déterminer ce qui constitue la décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, il convient d'établir si « la procédure de prise

de décision est conçue de telle manière que le scoring effectué par la société d'information commerciale prédétermine la décision de l'établissement financier d'accorder ou de refuser le crédit »<sup>134</sup>. Autrement dit, si l'évaluation de la solvabilité (le *scoring*) est effectuée sans qu'aucune intervention humaine puisse, de manière effective, vérifier l'exactitude de son résultat, alors il est raisonnable de conclure que ladite évaluation constitue la décision visée à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD.

Suivant un raisonnement toutefois moins clair que celui de son avocat général, la CJUE va parvenir à la même conclusion : lorsque « la valeur de probabilité établie par une société fournissant des informations commerciales et communiquées à une banque joue un rôle déterminant dans l'octroi d'un crédit, l'établissement de cette valeur doit être qualifié en soi de décision produisant à l'égard d'une personne concernée "des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire", au sens de l'article 22, paragraphe 1, du RGPD »<sup>135</sup>.

Une telle conclusion découle également d'un argument d'effet utile du droit européen. Il est en effet de jurisprudence constante que lorsqu'une disposition du droit de l'Union est susceptible de faire l'objet de plusieurs interprétations, il convient de privilégier celle qui est de nature à sauvegarder son effet utile<sup>136</sup>.

<sup>128</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, OQ c. *Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 38.

<sup>129</sup> *Ibid.*, para 40.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.*, para 43.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*, para 42 (l'emphase est celle de l'avocat général).

<sup>135</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, OQ c. *Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 50.

<sup>136</sup> Arrêt de la Cour (2<sup>e</sup> ch.), 17 novembre 1983, *Firma E. Merck c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, affaire 292/82, ECLI:EU:C:1983:335, paras 12 et 17 ; arrêt de la Cour, 21 février 1984, *St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik, Gustav Kniepf-Melde GmbH c. Hauptzollamt Krefeld*, affaire 337/82, ECLI:EU:C:1984:69, para 10 ; arrêt de la Cour (5<sup>e</sup> ch.), 10 juin 1999, *Braathens Sverige AB c. Riksskatteverket*, affaire C-346/97, ECLI:EU:C:1999:291, para 24 ; arrêt de la Cour, 19 septembre 2000, *République fédérale d'Allemagne*

## DOCTRINE

Or, interpréter l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD comme suggérant que l'établissement de la solvabilité par une société d'information commerciale (*scoring*) n'est pas une décision au sens de cette disposition remettrait en cause l'objectif de protection des intérêts de la personne concernée poursuivi que le législateur de l'Union. En effet, tant le *Verwaltungsgericht Wiesbaden* que l'avocat général et la CJUE concluent qu'une telle interprétation entraînerait « une lacune dans la protection juridique »<sup>137</sup>. Si le décideur devait ne pas être la société d'information commerciale (en l'espèce, SCHUFA) mais bien l'établissement financier, ce serait alors à ce dernier qu'il reviendrait de donner suite aux demandes de la personne concernée conformément aux droits que lui garantit le RGPD, notamment le droit à la rectification (art. 16 RGPD), à l'effacement

(art. 17 RGPD), à l'évaluation du résultat du traitement automatisé (art. 22, § 3, RGPD, lu en combinaison avec le considérant 71) ou à accéder aux informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues du traitement automatisé pour la personne concernée (art. 15, § 1<sup>er</sup>, h), RGPD). Seule la société d'information commerciale – qui développe le processus de traitement automatisé – est en mesure de mettre en œuvre ces droits de la personne concernée. Comment le pourrait l'établissement financier ? Après, tout, lorsque le profilage et la collecte de données y relative est sous-traité par l'établissement financier à la société d'information commerciale, il est déraisonnable de considérer que c'est ledit établissement financier qui soit en mesure d'assurer le respect effectif desdits droits<sup>138</sup>. Autrement dit, si rien ne s'oppose à la sous-traitance du profilage, la personne concernée ne peut pas être tenue d'en subir les conséquences. C'est, dès lors, afin d'assurer la protection du droit (fondamental) à la protection des données à caractère personnel de la personne concernée<sup>139</sup>, ainsi que l'effectivité des droits subjectifs (susmentionnés) conférés par le RGPD à la personne concernée que la société d'information commerciale doit être qualifiée de responsable et, ce faisant, que l'établissement d'une valeur de probabilité peut être considérée comme une décision lorsque cette évaluation prédétermine

c. *Commission des Communautés européennes*, affaire C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, para 50 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 25 septembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, affaire C-437/01, ECLI:EU:C:2003:498, para 31 ; arrêt de la Cour (3<sup>e</sup> ch.), 18 décembre 2008, *Afton Chemical Ltd c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, affaire C-517/07, para 43 ; arrêt de la Cour (4<sup>e</sup> ch.), 19 novembre 2009, *Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon et Alana Sturgeon c. Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) et Stefan Böck et Cornelia Lepuschitz c. Air France SA (C-432/07)*, affaires jointes C-402/07 et C-432/07, ECLI:EU:C:2009:716, para 41 ; arrêt de la Cour (3<sup>e</sup> ch.), 7 octobre 2010, *Secretary of State for Work and Pensions c. Taous Lassal*, affaire C-162/09, ECLI:EU:C:2010:592, para 51 ; arrêt de la Cour (2<sup>e</sup> ch.), 10 septembre 2014, *Holger Forstmann Transporte GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Münster*, affaire C-152/13, ECLI:EU:C:2014:2184, para 26 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 mars 2018, *Cristal Union c. Ministre de l'Économie et des Finances*, affaire C-31/17, ECLI:EU:C:2018:168, para 41 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 12 janvier 2023, *RW c. Österreichische Post AG*, affaire C-154/21, ECLI:EU:C:2023:3, para 29.

<sup>137</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen*, en présence de *SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, paras 48-52 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, paras 60-63.

<sup>138</sup> Il convient ici de souligner que si l'établissement de crédit « sous-traite » le processus d'évaluation, il ne s'agit en aucun cas de sous-traitance au sens du RGPD. Dans ce contexte, selon la CJUE et la juridiction de renvoi, l'entreprise SCHUFA est le responsable de traitement qui transmet la valeur de probabilité (le score) à l'établissement de crédit, alors qualifié de « tiers responsable du traitement ». Voy. arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, paras 15 et 27.

<sup>139</sup> Art. 8, § 1<sup>er</sup>, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et art. 16, § 1<sup>er</sup>, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.

la décision de l'établissement financier d'octroyer ou de refuser le crédit.

Il convient de saluer la conclusion de la CJUE selon laquelle il n'existe pas de relation linéaire unidirectionnelle unissant le traitement automatisé et la prise de décision en tant que telle. Une telle supposition devrait entraîner la conclusion selon laquelle la décision à laquelle fait référence l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, est systématiquement la décision finale. La CJUE, dans *SCHUFA*, confirme qu'il n'en est rien. Au contraire, afin d'en garantir l'effectivité, la décision au sens de cette disposition peut être une mesure préliminaire située en amont de la décision finale, lorsque cette dernière en est, en réalité, hautement dépendante. Ainsi défini, ce dernier critère permet par ailleurs de poursuivre avec fluidité l'analyse des conditions de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, selon lequel la décision ainsi identifiée doit être fondée *exclusivement* sur un traitement automatisé pour être sujette à l'interdiction de principe. Cette seconde condition fait l'objet des développements qui suivent.

### C. Controverse n° 3 : qu'est-ce qu'une décision fondée *exclusivement* sur un traitement automatisé ?

Une fois la décision identifiée, encore faut-il établir si cette dernière est fondée *exclusivement* sur un traitement automatisé. L'adverbe « *exclusivement* » suggère qu'une intervention humaine permet d'échapper à l'application de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. La doctrine a longtemps débattu quant au seuil minimum permettant de considérer une telle intervention comme suffisante pour justifier l'exclusion du champ d'application (1). Contrairement à la majorité des décisions administratives et judiciaires nationales, l'avocat général va, dans *SCHUFA*, opérer un tour de vis et souligner qu'une décision reste *exclusivement* fondée sur le traitement automatisé lorsque les êtres humains qui

interviennent en aval ne sont pas en mesure d'influencer la décision finale (2). La CJUE, sans le contredire, va toutefois ne pas répondre à cette controverse. Une certaine zone d'incertitude règne donc toujours quant à l'intervention humaine nécessaire pour que la décision ne soit plus *exclusivement* fondée sur le traitement automatisé. Une lecture combinée des conclusions de l'avocat général dans *SCHUFA* et des décisions administratives et judiciaires nationales permettent toutefois d'identifier certains critères permettant de définir ce que constitue un contrôle humain effectif (3). En substance, et c'est là l'apport principal de *SCHUFA*, la position de la CJUE et de son avocat général est que l'existence d'une décision automatisée ne peut être déterminée qu'au cas par cas, selon les faits de l'affaire. L'identification d'une telle décision ne peut donc relever que de la casuistique.

#### 1. Contrôle humain nominal ou effectif ?

Pour que l'article 22 RGPD trouve à s'appliquer encore faut-il que la décision, une fois identifiée, soit fondée *exclusivement* sur un traitement automatisé. Une interprétation linguistique permet de conclure que les décisions fondées *principalement* sur un traitement automatisé seraient exclues de son champ d'application<sup>140</sup>. Cette conclusion se trouve renforcée par une lecture historique du texte, à la lumière de laquelle l'on constate que le mot « *principalement* » a été supprimé au cours de la réécriture de l'article 22<sup>141</sup>. Ces deux arguments ont fait dire à certains auteurs qu'une « implication,

<sup>140</sup> J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », *Erasmus Law Review*, vol. 3, 2018, pp. 178-189, 182.

<sup>141</sup> S. WACHTER, B. MITTELSTADT et L. FLORIDI, « Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017, pp. 76-99, 92.

même nominale, d'un être humain » empêcherait l'application de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD<sup>142</sup>. Une « interaction humaine très réduite » suffirait donc à contourner la protection de cette disposition<sup>143</sup>.

Les choses sont toutefois plus complexes que ce que cette interprétation restrictive laisse paraître. Selon le groupe de travail « Article 29 », l'emploi du terme « exclusivement » signifie que la décision doit être prise sans intervention humaine *effective*, c'est-à-dire lorsqu'aucun être humain n'a d'influence réelle sur la prise de décision<sup>144</sup>. Ainsi, un processus décisionnel dans le cadre duquel un être humain n'est chargé que d'une fonction d'estampillage<sup>145</sup> du traitement automatisé doit bel et bien être considéré comme une décision fondée exclusivement sur ce dernier, nonobstant la présence d'un être humain<sup>146</sup>. Cela

implique donc que « la participation humaine au processus décisionnel ne doit pas exclure mécaniquement l'application de cette disposition » mais que c'est au contraire le degré de cette intervention qui permet de déclencher, ou non, la protection contenue au sein de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD<sup>147</sup>. Cette conclusion découle d'une méthode d'interprétation téléologique : un simple estampillage présente, somme toute, les mêmes risques (pour les droits et libertés de la personne concernée) qu'une décision n'ayant fait l'objet d'aucune intervention humaine<sup>148</sup>.

À l'inverse, l'article 22 RGPD ne s'applique pas à un processus automatisé lorsque celui-ci est et reste un outil d'aide à la décision pour un être humain qui examine les variables adéquates avant de prendre sa décision, plutôt que de suivre aveuglément le processus automatisé. C'est en tout cas ce qui ressort des travaux préparatoires de la DPD : d'une part, « ce qui est prohibé, c'est la stricte application par l'utilisateur des résultats produits par le système » et, d'autre part, « l'informatique peut fournir une aide à la décision mais en aucun cas l'unique base de celle-ci, l'appréciation humaine devant avoir sa place »<sup>149</sup>. Selon le groupe de travail « Article 29 », l'objectif est de s'assurer que l'utilisation d'un « homme de paille » ne puisse permettre d'échapper à la règle de

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 88 (traduction libre).

<sup>143</sup> T. ZARSKY, « Incompatible : The GDPR in the Age of Big Data », *Seton Hall Law Review*, vol. 47, n° 4(2), 2017, pp. 995-1020, 1018 (traduction libre). Vu les controverses quant à l'identification de ce qui constitue une décision exclusivement ou notamment fondée sur le traitement automatisé des données personnelles, Liane Huttner va proposer un critère alternatif et suggérer d'analyser l'applicabilité directe du résultat de l'algorithme plutôt que le caractère significatif de l'intervention humaine. Sur ce point, voy. L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 235, Paris, Dalloz, 2024, pp. 240 et s.

<sup>144</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 23.

<sup>145</sup> Cette « fonction d'estampillage » se traduit par la transmission du résultat obtenu par le processus automatisé à la personne concernée, sans évaluation préalable ou significative par un acteur humain. C.-Y. KU, « When Als Say Yes and I Say No », *Információs társadalom : társadalomtudományi folyóirat*, vol. 19, n° 4, 2019, pp. 61-76, 63.

<sup>146</sup> R. BINNS et M. VEALE, « Is that your final decision ? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the

GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 11, 2021, pp. 319-332.

<sup>147</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 142-143 (traduction libre).

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>149</sup> Commission des Communautés européennes, Proposition modifiée de directive du Conseil 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, 15 octobre 1992, COM(92) 422 final – SYN 287, p. 27.

l'article 22 RGPD<sup>150</sup> : une véritable implication humaine suppose un contrôle « significatif » et non simplement « symbolique » par un être humain qui « a l'autorité et la compétence pour modifier la décision » et qui prend en compte « toutes les données pertinentes »<sup>151</sup>. Doivent dès lors être distingués trois types de décision : (1) les décisions exclusivement fondées sur le traitement automatisé sans aucune intervention humaine, (2) les décisions fondées sur le traitement automatisé pour lesquelles l'intervention humaine est minimale, justifiant la qualification de décision exclusivement fondée sur le traitement automatisé, et (3) les décisions non exclusivement fondées sur le traitement automatisé vu l'intervention humaine effective au cours du processus décisionnel<sup>152</sup>.

Jusqu'à *SCHUFA*, la CJUE n'avait pas eu l'occasion de confirmer directement cette interprétation. Dans son avis 1/15, la CJUE eut à se prononcer sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion d'un accord entre le Canada et l'Union européenne sur le transfert et le traitement de données des passagers aériens<sup>153</sup>. L'article 15 de ce projet

disposait que « le Canada s'abstient de prendre toute décision produisant des effets significatifs préjudiciables à un passager sur le seul fondement d'un traitement automatisé des données PNR »<sup>154</sup>. À cet égard, la CJUE précisa que « dans la mesure où les analyses automatisées des données PNR comportent nécessairement (...) un certain taux d'erreur, tout résultat positif obtenu à la suite d'un traitement automatisé desdites données doit, en vertu de l'article 15 de l'accord envisagé, être soumis à un réexamen individuel par des moyens non automatisés avant l'adoption d'une mesure individuelle produisant des effets préjudiciables à l'égard des passagers aériens concernés »<sup>155</sup>. On notera ici, pour le surplus, que la justification de la CJUE tient compte – comme le considérant 71 RGPD – du risque d'erreur dans la prise de décision automatisée, ce qui justifie une intervention humaine effective<sup>156</sup>.

## 2. *Tour de vis de l'avocat général et (absence de) réponse de la CJUE*

*SCHUFA* vient-il entériner cette conclusion au regard du RGPD ? Les conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe soulignaient déjà qu'une décision reste exclusivement fondée sur le traitement automatisé lorsque les êtres humains qui interviennent en aval du *scoring* ne sont pas en mesure « d'influencer le lien de causalité entre le traitement automatisé et la décision finale »<sup>157</sup>. Dans ces circonstances,

le lancement des négociations sur les accords relatifs aux données des passagers aériens (PNR) avec les États-Unis, l'Australie et le Canada, 2011/C 81 E/12, *J.O.*, 15 mars 2011, pp. 70-73.

<sup>154</sup> Reproduit dans Avis 1/15 de la Cour (GC) du 26 juillet 2017, ECLI:EU:C:2017:592, para 30.

<sup>155</sup> *Ibid.*, para 173. Et la CJUE de continuer : « ainsi, une telle mesure ne saurait, en vertu dudit article 15, être fondée de manière décisive sur le seul résultat d'un traitement automatisé des données PNR ».

<sup>156</sup> *Voy. supra*, section III.A.2.b.

<sup>157</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, OQ *c.Land Hessen*, en

<sup>150</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 23.

<sup>151</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, p. 23.

<sup>152</sup> D. SANCHEZ, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 143.

<sup>153</sup> Avis rendu conformément à l'article 218, § 11, TFUE. Pour le surplus, le projet du Conseil faisait suite à la Résolution du Parlement européen du 5 mai 2010 sur

c'est à la société d'information financière à qui l'établissement financier a délégué l'évaluation de la solvabilité de la personne concernée qu'il revient de prendre la décision finale. Il s'agit ici d'une question de fait qui « dépend des règles et pratiques internes de l'établissement financier en cause, lesquelles ne doivent généralement lui laisser aucune marge de manœuvre quant à l'application du score à une demande de crédit »<sup>158</sup>. Or, en l'espèce, le *Verwaltungsgericht Wiesbaden* a souligné que, en théorie, si l'établissement financier ne doit pas faire dépendre sa décision d'octroyer ou de refuser le crédit de la seule évaluation de la solvabilité (opérée, en l'occurrence, par la société d'information commerciale SCHUFA), il le fait dans une large mesure *de facto*<sup>159</sup>. À cet égard, il est utile de souligner que SCHUFA est « le premier fournisseur allemand de services de crédit et d'information pour les consommateurs et les entreprises », qu'elle dispose « d'informations sur 6 millions d'entreprises et 68 millions de personnes physiques » et qu'elle émet « en moyenne 320 000 rapports par jour à l'intention des entreprises »<sup>160</sup>. Il s'agit, somme toute, d'une société occupant une position centrale au sein de la communauté financière allemande, dès lors que la très grande majorité des acteurs se réfèrent au score qu'elle établit (*SCHUFA-Auskunft*). Son objectif est, par ailleurs, presque équivalent à une mission de service public puisqu'elle ambitionne de réduire « le risque de non-paiement pour les fournisseurs de prêts, de biens et de services, ce qui permet de faire davantage d'affaires dans de bonnes conditions », favorisant « la croissance et la prospérité en Allemagne »

tout en soutenant « la prévention de la fraude et la conformité réglementaire » en apportant « une contribution importante à la prévention du blanchiment d'argent » et limitant « les dommages économiques qui en résultent »<sup>161</sup>.

Dans ces circonstances, il est raisonnable de considérer que l'établissement du score de la solvabilité de OQ constitue une décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, exclusivement fondée sur le traitement automatisé, en raison de la position centrale de SCHUFA sur le panorama des opérations de crédit allemandes et la dépendance – sans doute parfois excessive – des établissements de crédit au regard du *SCHUFA-Auskunft*. Il n'est pas inintéressant de relever, pour le surplus, que cette conclusion, suggérée par la juridiction de renvoi et confirmée par l'avocat général, s'oppose à la situation qui prévalait jusqu'à présent en Allemagne pour SCHUFA. Dans une décision rendue le 28 janvier 2014, le *Bundesgerichtshof* relevait que « dans le cas du scoring, on ne peut parler de décision individuelle automatisée que si le service responsable de la décision prend une décision entraînant des conséquences juridiques pour la personne concernée ou lui portant un préjudice important exclusivement sur la base d'un résultat de scoring sans autre examen du contenu, mais pas si les connaissances obtenues par traitement automatisé des données ne sont que la base d'une décision finale devant encore être prise par un être humain »<sup>162</sup>. Si cette position est en tout point

présence de *SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 44.

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> *Ibid.*, para 46.

<sup>160</sup> Voy. « How SCHUFA Works », s.d., disponible sur <https://www.schufa.de/en/ueber-uns/schufa/schufa-works/index.jsp>.

<sup>161</sup> *Ibid.* Les auteurs remercient les relecteurs d'avoir insisté sur ce point.

<sup>162</sup> *Bundesgerichtshof*, Urteil des VI. Zivilsenats vom 28.1.2014, VI ZR 156/13, para 34 (traduction libre du texte allemand : « Von einer automatisierten Einzelentscheidung kann im Falle des Scorings nur dann ausgegangen werden, wenn die für die Entscheidung verantwortliche Stelle eine rechtliche Folgen für den Betroffenen nach sich ziehende oder ihn erhebliche beeinträchtigende Entscheidung ausschließlich aufgrund eines Score-Ergebnisses ohne weitere inhaltliche Prüfung trifft, nicht aber, wenn die mittelsautomatisierter

comparable à celle de l'avocat général M. Priit Pikamäe, le *Bundesgerichtshof* va toutefois considérer que le processus décisionnel n'était en l'espèce pas exclusivement fondé sur le traitement automatisé car la décision d'octroyer ou de refuser le crédit était en définitive prise par un être humain et, ce faisant, ne pouvait être considérée comme étant complètement automatisée<sup>163</sup>. En substance, la position de cette juridiction était de dire que la société d'information commerciale (SCHUFA) n'a pas de prise sur la manière dont la valeur de probabilité, établie en amont, est utilisée en aval par l'établissement de crédit – qui pourrait (le conditionnel est utilisé à dessein) prévoir des processus décisionnels qui ne se fondent pas exclusivement sur ladite valeur de probabilité.

Bien que ne contredisant pas son avocat général, la CJUE a évité d'examiner *dans le détail* dans quelle mesure les décisions finales de l'établissement financier concernant l'octroi ou le refus d'un crédit sont fondées exclusivement sur un traitement automatisé en soulignant que l'établissement d'une valeur de probabilité évaluant la solvabilité d'une personne concernée par une société d'information commerciale était le parfait exemple du profilage<sup>164</sup> – ce que, par ailleurs, aucune des parties en cause ne contestaient<sup>165</sup>. C'est donc

en bottant en touche, d'une certaine manière, que la CJUE va considérer cette condition remplie en l'espèce, en inférant par ailleurs du libellé de la question préjudicielle une confirmation du caractère automatisé du traitement des données soumises à évaluation de la solvabilité de la personne concernée<sup>166</sup>. Elle conclut toutefois, de façon fort intéressante, que lorsque « la valeur de probabilité établie par une société fournissant des informations commerciales et communiquée à une banque joue un rôle déterminant dans l'octroi d'un crédit, l'établissement de cette valeur doit être qualifié en soi de décision produisant à l'égard d'une personne concernée "des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire", au sens de l'article 22, paragraphe 1, du RGPD »<sup>167</sup>. Il en résulte que la CJUE a marqué sa préférence pour une approche hautement casuistique afin de déterminer ce qui doit être considéré comme une décision fondée *exclusivement* sur le traitement automatisé : l'établissement d'une valeur de probabilité doit être qualifié de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé lorsqu'*in casu*, cette étape dans le processus décisionnel – entendu au sens large – joue un rôle déterminant dans la prise de décision.

### 3. Focus sur l'utilisation du traitement automatisé

Si cette clarification définitionnelle est la bienvenue au vu du brouillard qui jusqu'alors nappait le concept de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé, il n'en reste pas moins que SCHUFA ne dissipe pas complètement les incertitudes interprétatives

*Datenverarbeitung gewonnenen Erkenntnisse lediglich Grundlage für eine von einem Menschen noch zu treffende abschließende Entscheidung sind »).*

<sup>163</sup> *Ibid.* (« Das Vorliegen oder auch nur Drohen einer rechtliche Folgen für die Klägerin nach sich ziehenden oder sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung aufgrund der streitgegenständlichen Scorewerte ist im vorliegenden Fall aber nicht festgestellt. Die Frage der Reichweite des Auskunftsanspruchs über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung kann daher mangels Vorliegens einer automatisierten Einzelentscheidung dahinstehen »).

<sup>164</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 47.

<sup>165</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen, en*

*présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 33.

<sup>166</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 47.

<sup>167</sup> *Ibid.*, para 50.

soulevées dans la littérature concernant les limites du champ d'application de l'article 22 RGPD. En effet, il ne faut pas perdre de vue que la juridiction de renvoi a fourni à la CJUE des éléments démontrant l'absence de pouvoir décisionnel effectif de l'organisme de crédit. Dans d'autres affaires, les faits pourraient être plus nébuleux, ce qui rendrait plus difficile l'application du concept de « rôle déterminant » ainsi proposé. C'est sans doute là que se trouve le vrai intérêt de *SCHUFA* : cet arrêt confirme la difficulté de définir autrement que par la casuistique ce qu'est une décision automatisée<sup>168</sup>. Partant, le choix opéré par la CJUE pour une approche contextuelle tenant compte des rôles spécifiques des systèmes automatisés et des êtres humains dans la prise de décision permet d'intégrer au processus d'identification des décisions automatisées les critères développés, si ce n'est pas la CJUE elle-même, par les autorités administratives et juridictions nationales<sup>169</sup>.

Ainsi, les juridictions néerlandaises ont par le passé jugé qu'une décision est considérée ne pas être exclusivement fondée sur le traitement automatisé lorsque plusieurs personnes évaluent et vérifient le résultat du traitement automatisé et doivent s'accorder avant de prendre une décision<sup>170</sup>, ou lorsque la décision

finale est prise par un être humain qui tient compte, notamment, du traitement automatisé mais également d'autres éléments et faits qui lui sont exogènes<sup>171</sup>. À l'inverse, l'autorité française de protection des données a eu l'occasion de décider qu'un système d'admission dans les universités entièrement régi par l'utilisation de deux algorithmes<sup>172</sup> sans qu'aucun membre du personnel universitaire ne puisse influencer le résultat – c'est-à-dire sans pouvoir prendre en considération des éléments non soumis au traitement automatisé, en l'espèce, les observations des candidats – devait être qualifié de prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé<sup>173</sup>.

En Espagne, plusieurs décisions tendent à démontrer qu'une intervention humaine postérieure au traitement automatisé permet d'échapper à l'interdiction de l'article 22 RGPD lorsque les décideurs humains donnent audit traitement le poids d'un simple signal et ne lui subordonne pas leur pouvoir décisionnel<sup>174</sup>.

<sup>168</sup> F. PALMIOTTO, « When Is a Decision Automated? A Taxonomy for a Fundamental Right Analysis », *German Law Review*, 2024, pp. 1-27, 6.

<sup>169</sup> S. BARROS VALE et G. ZANFIR-FORTUNA, « Automated Decision-Making Under the GDPR : Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities », *Future of Privacy Forum*, 17 mai 2022, disponible sur <https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf>.

<sup>170</sup> Rechtbank Amsterdam, Case C/13/692003 / HA RK 20-302, ECLI:NL:RBAMS:2021:1018, 11 mars 2021, disponible sur <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:1018>. Il s'agit ici d'une application de la règle des quatre yeux. Sur ce concept, encore qu'appliqué au droit de la concurrence et pas à la protection des données personnelles, voy. J. DE COOMAN, « Whose Bias is It, Anyway? The Need

for a Four-Eyes Principle in AI-Driven Competition Law Proceedings », *JMN EULEN Working Papers Serie*, No. 07-23, 2023, <https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2023/06/3.-WP-De-Cooman.pdf>.

<sup>171</sup> Rechtbank Den Haag, Case C-09-585239-KG ZA 19-1221, ECLI:NL:RBDHA:2020:1013, 11 février 2021, disponible sur <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1013&showbutton=true&keyword=avg>.

<sup>172</sup> Le premier classait automatiquement les candidats en fonction de trois critères (leur lieu de résidence, l'ordre de leurs choix et leur situation familiale). Le second attribuait automatiquement des offres d'admission en se basant uniquement sur ce classement. Par ailleurs, lorsque plusieurs candidats remplissant les mêmes critères dépassent le nombre de places disponibles dans les universités, le second algorithme sélectionnait aléatoirement les candidats recevant les offres.

<sup>173</sup> Commission nationale de l'informatique et des libertés, Décision n° MED-2017-053 du 30 août 2017, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000035647959/>.

<sup>174</sup> Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Resolucion de procedimiento sancionador, Procedimiento N° : PS/00477/2019, 13 janvier 2021, disponible sur <https://www.aepd.es/documento/ps-00477-2019.pdf> ; Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Resolucion

La doctrine a relevé que ces décisions – correctes sur le principe – étaient pourtant problématiques car suggérant qu'un être humain a la possibilité d'exercer son jugement (et ainsi échapper à l'application de l'article 22) sans toutefois expliquer précisément le type de pouvoir discrétionnaire dont il dispose<sup>175</sup>. Cela conduit à une analyse très subjective qui permet à un être humain « d'approuver (ou de désapprouver) une décision entièrement automatisée fondée sur sa seule intuition »<sup>176</sup>.

Pareillement, il a été décidé en Autriche que lorsque les êtres humains chargés de la prise de décision sont entraînés à utiliser le traitement automatisé sans abdiquer leur pouvoir décisionnel à la machine, alors il ne peut être question de décision fondée exclusivement sur ledit traitement automatisé<sup>177</sup>. En l'espèce, les juridictions autrichiennes ont considéré qu'un tel entraînement pouvait prendre la forme de recommandations écrites mises à disposition des décideurs et soulignant l'obligation de considérer le traitement automatisé comme un élément parmi d'autres et identifiant plusieurs critères

qui, bien que non utilisés par l'algorithme, devaient être considérés comme décisifs par les décideurs humains<sup>178</sup>. À l'inverse, l'absence de recommandations ou d'instructions spécifiques quant à l'interprétation à donner aux scores issus du traitement automatisé a permis à l'autorité portugaise de protection des données de conclure à l'abdication du processus décisionnel à la machine et au cantonnement de l'intervention humaine à une fonction d'estampillage. En l'espèce, durant la pandémie de Covid-19, une université portugaise avait choisi de contrôler les étudiants durant les examens au moyen d'un logiciel de reconnaissance faciale qui devait établir la probabilité que les étudiants s'adonnent à diverses fraudes ou tricheries<sup>179</sup>. Selon l'université, il ne pouvait s'agir d'une décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé (*in casu*, de données biométriques) puisqu'il revenait aux professeurs, sur la base du logiciel, de déterminer s'il y avait lieu ou non d'invalider l'examen. L'absence de recommandations spécifiques concernant l'interprétation des scores et le manque de critères clairs pour guider les enseignants dans leurs décisions étaient de nature à amener les professeurs à accepter passivement les décisions du système, sans réelle compréhension de celles-ci. Autrement dit, selon l'autorité portugaise, l'intervention humaine dans le processus décisionnel est significative lorsque le décideur humain est formé à la prise de décision fondée (ne

de procedimiento sancionador, Procedimiento N° : PS/00500/2020, 21 octobre 2021, disponible sur <https://www.aepd.es/documento/ps-00500-2020.pdf> ; Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Resolucion de archivo de actuaciones, Procedimiento N° : E/03624/2021, 17 janvier 2022, disponible sur <https://www.iberley.es/resoluciones/resolucion-aepd-e-03624-2021-17-01-2022-2394069>.

<sup>175</sup> S. BARROS VALE et G. ZANFIR-FORTUNA, « Automated Decision-Making under the GDPR : Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities », *Future of Privacy Forum*, 2022, <https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf>.

<sup>176</sup> L. COLONNA, « Teachers in the loop ? An analysis of automatic assessment systems under Article 22 GDPR », *International Data Privacy Law*, vol. 14, n° 1, 2024, pp. 3-18, 11.

<sup>177</sup> Bundesverwaltungsgericht, Case W256 2235360-1/5E, ECLI:AT:BVVG:2020:W256.2235360.1.00, 18 décembre 2020, disponible sur [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvvg/BVVG\\_T\\_20201218\\_W256\\_2235360\\_1\\_00/BVVG\\_T\\_20201218\\_W256\\_2235360\\_1\\_00.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvvg/BVVG_T_20201218_W256_2235360_1_00/BVVG_T_20201218_W256_2235360_1_00.pdf).

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> Comissão Nacional de Proteção de Dados, Deliberação/2021/622, 11 mai 2021, disponible sur [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121887&ved=2ahUKEwi2x5HE1LyFAxX7\\_rslHWY0Bc4QFnoECA4QAQ&usq=AOvVaw1OODvY7JW4mbXc\\_BosVBgl](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.cnpd.pt/umbraco/surface/cnpdDecision/download/121887&ved=2ahUKEwi2x5HE1LyFAxX7_rslHWY0Bc4QFnoECA4QAQ&usq=AOvVaw1OODvY7JW4mbXc_BosVBgl). Plus exactement, il s'agissait d'une analyse combinée (1) du visage de l'étudiant via sa webcam, (2) de sa posture en général et (3) de l'utilisation de sa souris et de son clavier.

serait-ce que partiellement) sur le traitement automatisé et qu'il est en mesure de comprendre pourquoi suivre ou ne pas suivre les recommandations du système automatisé.

En synthèse, les faits exposés par la juridiction de renvoi dans *SCHUFA* et ces quelques affaires issues des juridictions et autorités administratives des États membres permettent d'identifier quelques critères permettant de distinguer des décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé de celles qui ne le sont pas. Cette distinction du bon grain de l'ivraie peut se faire selon au moins trois critères, c'est-à-dire, selon que des mesures ont été mises en place pour garantir que les décideurs humains n'abdiquent pas leur pouvoir décisionnel à la machine, notamment (1) lorsque plusieurs personnes analysent les conclusions du traitement automatisé et doivent ensuite s'accorder sur la décision à prendre, (2) lorsque la décision finale tient compte d'éléments supplémentaires ou (3) lorsque les décideurs humains sont convenablement formés au traitement automatisé, par exemple parce que des instructions claires quant au poids à lui accorder leur ont été communiquées<sup>180</sup>. En tout état de cause, ce n'est donc pas tant

le système utilisé qui entraîne la qualification de prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé, mais bien *comment* il est utilisé<sup>181</sup>.

#### D. Controverse n° 4 : existe-t-il un droit à l'explication ou à l'information ?

Comme indiqué ci-dessus, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD doit être interprété comme interdisant la prise de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé. Trois exceptions à ce principe existent, à savoir lorsque cette décision « est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement ; est autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ; ou est fondée sur le consentement explicite de la personne concernée » (art. 22, § 2, a) à c), RGPD). Lorsque la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé est autorisée, « le responsable du traitement met en œuvre des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée, au moins du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision » (art. 22, § 3, RGPD). Le considérant 71 ajoute à ces garde-fous, d'une part, l'utilisation par le responsable du traitement de « procédures mathématiques

<sup>180</sup> C'est d'ailleurs une exigence de l'AIA qui impose aux fournisseurs et déployeurs (utilisateurs professionnels) de systèmes d'IA qu'ils « prennent des mesures pour garantir, dans toute la mesure du possible, un niveau suffisant de maîtrise de l'IA pour leur personnel et les autres personnes s'occupant du fonctionnement et de l'utilisation des systèmes d'IA pour leur compte, en prenant en considération leurs connaissances techniques, leur expérience, leur éducation et leur formation, ainsi que le contexte dans lequel les systèmes d'IA sont destinés à être utilisés, et en tenant compte des personnes ou des groupes de personnes à l'égard desquels les systèmes d'IA sont destinés à être utilisés » (art. 4 AIA). Par ailleurs, « les systèmes d'IA à haut risque sont accompagnés d'une notice d'utilisation dans un format numérique approprié ou autre, contenant des informations concises, complètes, exactes et claires, qui soient pertinentes, accessibles et compréhensibles pour les déployeurs » (art. 13, § 2, AIA).

<sup>181</sup> Voy. *infra*, section V. C'est justement neutralité technologique que critique Lianne Huttner. Voy. L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme*, Paris, Dalloz, 2024, pp. 227-233. Sur ce concept, voy. égal. J. DE COOMAN, *The AI Act as a regulatory framework for technology: the rationales for regulation at the EU level revisited*, thèse doctorale non publiée, pp. 256-307, disponible sur <https://orbi.uliege.be/handle/2268/319344>.

adéquates ou statistiques adéquates aux fins de profilage » et, d'autre part, « le droit [...] d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation ».

La reconnaissance du droit à l'explicabilité dans un considérant a suscité un vaste débat quant à son existence (1) et, le cas échéant, sa portée (2).

### 1. Existence controversée du droit à l'explicabilité

La doctrine juridique est loin d'être unanime quant à la source du droit à l'explicabilité, s'il existe (1). La CJUE, dans **SCHUFA**, ne résout pas cette controverse (2). Au contraire, elle va compliquer l'analyse en soulignant, d'une part, que les mesures du considérant 71, bien que non contraignant, s'imposent aux responsables du traitement au même titre que les mesures visées à l'article 22, § 3, RGPD et, d'autre part, en ne discutant pas des explications à fournir à la personne concernée mais bien uniquement des informations à lui communiquer au regard de l'article 15 RGPD.

#### a) La source du droit à l'explicabilité : le considérant 71 ou les articles 13 à 15 RGPD ?

Le fait que le droit à l'explication soit consacré au sein d'un considérant a généré un vaste débat au sein de la doctrine juridique.

Wachter, Mittelstadt et Floridi vont proposer – dans le mal nommé « pourquoi un droit à l'explication de la prise de décision automatisée n'existe pas » – une lecture restrictive de l'explication<sup>182</sup>. Si le titre de leur étude suggère que le droit à l'explicabilité n'existe pas, ce n'est pas là le cœur de leur argument. Selon eux, l'explication doit être analysée à l'aune d'une matrice

distinguant l'explicabilité *ex ante* et *ex post* des fonctionnalités du système et des décisions spécifiques (donnant ainsi quatre types d'explications différentes)<sup>183</sup>. Dans leur cadre conceptuel, le droit à l'explication doit signifier un droit à obtenir *ex post* une explication de la décision spécifique. C'est ce droit qui apparaît au considérant 71 et qui a disparu – au fil des réécritures du texte – de l'article 22<sup>184</sup>. Cela signifie, pour eux, que le droit à l'explication (*ex post* d'une décision spécifique) n'est pas garanti pas le RGPD.

Tous ne partagent pas cette conclusion. Dans la première version de leur étude, publiée en tant que document de travail, Goodman et Flaxman suggèrent en effet que le droit à l'explicabilité existe bel et bien et basent cette conclusion sur le considérant 71, nonobstant le caractère non contraignant de ce dernier<sup>185</sup>. Dans la version publiée de cette étude,

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>184</sup> S'il est étrange que le législateur européen ait choisi de consacrer le droit à obtenir une explication dans un considérant et non au sein de l'article 22 RGPD, force est de constater qu'il ne s'agit pas d'un cas isolé. Le règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE (J.O., L 295 du 21 novembre, pp. 39-98) prévoit en effet à son article 24 une interdiction similaire à celle de l'article 22 et ne consacre qu'à son considérant 43 le droit d'obtenir une explication. Or, historiquement, ce droit à l'explicabilité se trouvait au sein des dispositions législatives de ces instruments et n'a été relégué dans un considérant que durant le trilogue. Sur ce point, voy. L. EDWARDS et M. VAELE, « Slave to the Algorithm ? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For », *Duke Law & Technology Review*, vol. 16, n° 1, 2017, pp. 18-84.

<sup>185</sup> B. GOODMAN et S. FLAXMAN, « EU regulations on algorithmic decision-making and a 'right to explanation' », *2016 OCML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning (WHI 2016)*, New York, NY, USA, <https://arxiv.org/pdf/1606.08813v1>.

<sup>182</sup> S. WACHTER, B. MITTELSTADT et L. FLORIDI, « Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017, pp. 76-99.

toutefois, ils justifient cette conclusion non plus sur la base du considérant mais grâce à une lecture combinée des articles 13, 14 et 22 RGPD<sup>186</sup>. D'autres auteurs vont adopter une position similaire et conclure qu'une lecture combinée des articles 13, § 2, f), 14, § 2, g), 15, § 1, h), et 22 RGPD soutient l'existence du droit à l'explication. Plus exactement, ces auteurs concluent que si le droit à l'explication ne peut pas être dérivé de l'article 22 lui-même, cette disposition et le considérant 71 suggèrent que les articles 13 à 15 en constituent la source indépendante<sup>187</sup>.

C'est, dans une certaine mesure, la position du groupe de travail « Article 29 », qui lie le droit à l'explicabilité non pas au considérant 71 mais bien au droit de la personne concernée d'exprimer son point de vue et de contester la décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé (art. 22, § 3, RGPD)<sup>188</sup>. En effet, tant pour exprimer son point de vue sur la décision ou pour que celle-ci soit contestable, encore faut-il que celle-ci soit interprétable<sup>189</sup>. En d'autres termes, une personne concernée

doit avoir une compréhension d'une décision spécifique afin de l'évaluer et d'être convaincue de sa précision et de sa compatibilité légale<sup>190</sup>. C'est, d'une certaine manière, la suite logique du principe de transparence dont les modalités sont organisées aux articles 13 à 15 RGPD<sup>191</sup>. Lorsque ces droits de contester la décision ou d'exprimer un point de vue à son propos sont ainsi interprétés, la pertinence des débats relatifs à la possible existence d'un droit à l'explication en raison de sa cristallisation dans un considérant et non dans une disposition légale est réduite à peu de chagrin : la formulation même de l'article 22, § 3, RGPD, combinée à l'obligation du responsable du traitement d'informer la personne concernée de l'existence d'une prise de décision automatisée et, en pareil cas, de lui remettre des informations utiles concernant la logique sous-jacente du traitement (art. 13, § 2, f) ; 14, § 2, g) ; 15, § 1<sup>er</sup>, h), RGPD), suggère qu'un droit à obtenir une explication doit exister afin d'assurer une mise en œuvre effective de cette disposition<sup>192</sup>. En fin de compte, que les articles 13 à 15 du RGPD utilisent ou non l'expression « droit à l'explication » n'a que peu d'importance. Plus cruciale est l'analyse matérielle de leurs exigences et de « la manière dont elles s'articulent avec les

<sup>186</sup> B. GOODMAN et S. FLAXMAN, « European Union Regulations on algorithmic decision-making and a 'right to explanation' », *AI Magazine*, vol. 38, n° 3, 2017, pp. 50-57.

<sup>187</sup> A. SELBST et J. POWLES, « Meaningful information and the right to explanation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, 2017, pp. 233-242, 237.

<sup>188</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>.

<sup>189</sup> E. BAYAMLIOGLU, « Contesting Automated Decisions », *European Data Protection Law Review*, vol. 4, 2018, pp. 433-446. Voy. égal. C.-Y. Ku, « When Als Say Yes and I Say No », *Információs társadalom : társadalomtudományi folyóirat*, vol. 19, n° 4, 2019, pp. 61-76, 63 (pour qui la possibilité d'obtenir des explications en tant que garantie appropriée, est intrinsèquement liée au droit de demander l'intervention humaine dans le processus décisionnel et au droit de contestation de la décision).

<sup>190</sup> E. BAYAMLIOGLU, « The right to contest automated decisions under the General Data Protection Regulation : Beyond the so-called 'right to explanation' », *Regulation & Governance*, vol. 16, n° 4, 2022, pp. 1058-1078.

<sup>191</sup> G. MALGIERI et G. COMANDÉ, « Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, 2017, pp. 243-265 ; G. MALGIERI, « Automated decision-making in the EU Member States : The right to explanation and other 'suitable safeguards' in the national legislations », *Computer Law & Security Review*, vol. 35, n° 5, 2019, 105327, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.05.002>.

<sup>192</sup> E. BAYAMLIOGLU, « The right to contest automated decisions under the General Data Protection Regulation : Beyond the so-called 'right to explanation' », *Regulation & Governance*, vol. 16, n° 4, 2022, pp. 1058-1078.

objectifs généraux du RGPD »<sup>193</sup>. En synthèse, quand bien même les articles 13 à 15 RGPD ne prévoient pas textuellement de « droit à l'explication » mais bien un droit à recevoir « des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée », il est « logique d'appeler cela un droit à l'explication »<sup>194</sup>.

b) *La reconnaissance par la CJUE du caractère contraignant des mesures listées au considérant 71 RGPD (SCHUFA)*

Loin de résoudre cette controverse quant à la source du droit à l'explicabilité, la CJUE va, dans *SCHUFA*, pousser plus avant la gymnastique juridique. Comme souligné ci-avant, lorsque la prise de décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé est autorisée, encore faut-il garantir des mesures appropriées protégeant les droits, les libertés et intérêts légitimes de la personne concernée (art. 22, § 3, RGPD). La CJUE va expliquer que, « à la lumière du considérant 71 du RGPD, de telles mesures doivent comprendre, en particulier, l'obligation pour le responsable du traitement d'utiliser des procédures mathématiques ou statistiques adéquates, d'appliquer les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour faire en sorte que le risque d'erreur soit réduit au minimum et que des erreurs soient corrigées, ainsi que de sécuriser les données à caractère personnel d'une manière qui tienne compte des risques susceptibles de peser sur les intérêts et les droits de la personne concernée et prévenir, entre autres, les effets discriminatoires à l'égard de celle-ci »<sup>195</sup>. Il n'est

pas anodin de signaler que ce n'est *qu'ensuite* que la CJUE va préciser que ces mesures protectrices « incluent, *par ailleurs*, au moins le droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable de traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision prise à son égard », conformément à l'article 22, § 3, RGPD<sup>196</sup>. Autrement dit, la CJUE énumère *d'abord* les mesures protectrices mentionnées dans le catalogue du considérant 71 RGPD et souligne *ensuite* que ces mesures comprennent, en outre, celles mentionnées au troisième paragraphe de l'article 22 RGPD. Ce choix de formulation suggère que, selon la CJUE, les mesures énumérées au considérant 71 doivent être mises en œuvre par le responsable de traitement au même titre que celles mentionnées à l'article 22, § 3, RGPD, nonobstant le caractère non contraignant par nature d'un considérant<sup>197</sup>. Une telle interprétation semble également pouvoir être dégagée des conclusions de l'avocat général qui soulignait l'obligation pour le décideur « d'assurer un traitement équitable, transparent et non discriminatoire par des procédures mathématiques ou statistiques adéquates ainsi que des mesures techniques et organisationnelles appropriées, *comme l'exige le considérant 71, sixième phrase, du RGPD* »<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> *Ibid.*

<sup>197</sup> J. MAZUR, « The Judgement of the Court of Justice of the European Union in the Case Concerning Automated Decision Making Used for Credit Scoring : The lessons on Using Such Solutions », *Digital Economy Lab Blog*, 31 janvier 2024, disponible sur <https://www.delab.uw.edu.pl/en/the-judgement-of-the-court-of-justice-of-the-european-union-in-the-case-concerning-automated-decision-making-used-for-credit-scoring-the-lessons-on-using-such-solutions/> (dernier accès : 21 mars 2024).

<sup>198</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, OQ c. *Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 49 (soulignement ajouté).

<sup>193</sup> A. SELBST et J. POWLES, « Meaningful information and the right to explanation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, 2017, pp. 233-242, 234 (traduction libre).

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 242 (traduction libre).

<sup>195</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, OQ c. *Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 66.

Il faut toutefois se garder de conclure que la CJUE définit indiscutablement le considérant 71 comme étant la source du droit à l'explication – voire même de conclure que la SCHUFA constitue une reconnaissance jurisprudentielle non équivoque de l'existence d'un droit à l'explicabilité au sein du RGPD<sup>199</sup>. Il est vrai que (1) ce « droit » est consacré au considérant 71 parmi les « garanties appropriées » devant assortir tout traitement automatisé et que (2) le discours de la CJUE suggère que les mesures dudit considérant doivent, outre celles prévues sous l'article 22, § 3, RGPD, être prises en compte par le responsable de traitement. Toutefois, ni les conclusions de l'avocat général, ni l'arrêt de la CJUE ne reconnaissent explicitement l'existence d'un tel droit. Même lorsque la CJUE semble suggérer que le considérant 71 est plus qu'un texte à la lumière duquel interpréter l'article 22 RGPD<sup>200</sup> et que les mesures qu'il contient doivent être incluses dans la protection à assurer en cas de traitement automatisé<sup>201</sup>, aucune référence n'est faite au droit d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue d'un traitement automatisé. Pour le dire plus clairement, la CJUE et son avocat général n'imposent que les mesures listées au considérant 71, sixième phrase, du RGPD.

À la lumière de ce qui précède, l'existence d'un droit à l'explicabilité sur la base du

considérant 71 reste donc incertaine. SCHUFA a ouvert la porte à sa reconnaissance, en soulignant explicitement que les mesures mathématiques et statistiques mentionnées au considérant 71 devaient être prises en compte par le responsable du traitement en plus des mesures listées à l'article 22, § 3, RGPD. Toutefois, tant l'avocat général que la CJUE ont limité leur analyse à la sixième phrase dudit considérant, qui ne contient nulle trace d'un droit à l'explicabilité. Par ailleurs, les mesures mathématiques et statistiques de cette sixième phrase répondent à l'ambition d'atténuer le risque d'erreur dans la prise de décision automatisée, c'est-à-dire la première raison d'être de l'interdiction contenue à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Quant au droit à l'explicabilité, sa présence au côté de la garantie selon laquelle les décisions exclusivement fondées sur un traitement automatisé doivent s'accompagner du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue et de contester la décision suggère qu'il s'agit d'une réponse à la seconde raison d'être de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD : la protection de la dignité humaine. Ainsi présenté, et vu la double *ratio legis* derrière l'interdiction de la prise de décisions fondées exclusivement sur le traitement automatisé, SCHUFA devrait être interprété en ce sens que les mesures prévues dans le considérant 71 et faisant écho à la volonté de réduire au minimum le risque d'erreur doivent être ajoutées aux garanties prévues par l'article 22, § 3, RGPD. Toutefois, SCHUFA restant silencieux quant à l'inclusion des mesures du considérant 71 relatives à la protection de la dignité humaine (notamment, droit à l'explicabilité), ce serait faire une lecture très extensive – trop, sans doute – de cet arrêt que de considérer qu'il introduit un droit à l'explicabilité.

Cette conclusion est renforcée par le fait que le requérant avait justement demandé à ce que lui soient communiquées des explications

<sup>199</sup> A. J. WULF et O. SEIZOV, « "Please Understand We Cannot Provide Further Information": Evaluating Content and Transparency of GDPR-Mandated AI Disclosures », *AI & Society*, vol. 39, 2024, pp. 235-256, 237.

<sup>200</sup> Sur l'utilité du considérant 71 comme instrument d'interprétation, voy. conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen*, en présence de SCHUFA Holding AG, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, paras 31 et 35.

<sup>201</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen*, en présence de SCHUFA Holding AG, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 49 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, *OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 66.

quant au traitement de ses données personnelles<sup>202</sup>. C'est justement parce que SCHUFA s'est contentée de fournir sommairement quelques informations quant à la méthode de calcul du score que le requérant a saisi les juridictions allemandes, qui ont alors posé les questions préjudicielles susmentionnées<sup>203</sup>. Or, cette demande d'explication a été traitée, tant par la CJUE que par l'avocat général, qu'au regard des articles 13, § 2, f), 14, § 2, g), et 15, § 1<sup>er</sup>, h) RGPD, et non selon le droit à l'explicabilité du considérant 71 RGPD<sup>204</sup>. C'est donc à la lumière du principe de transparence organisé par ces dispositions et non en vertu du considérant 71 qu'il convient de déterminer les données devant être communiquées à la personne concernée et les éléments à lui expliquer. Cette dernière remarque suggère que la CJUE approuve la thèse défendue par la doctrine selon laquelle les articles 13 à 15, même s'ils ne prévoient pas textuellement de « droit à l'explication », doivent être interprétés en tant que tel.

À cet égard, la décision de la CJUE doit être saluée. Les débats doctrinaux qui prévalaient au regard de l'explicabilité s'orientaient dans la mauvaise direction : la présence ou l'absence de l'expression « droit à l'explication »<sup>205</sup>. SCHUFA transcende cette impasse en accordant une plus grande importance aux exigences du

RGPD, notamment le droit à l'information des articles 13 à 15, en les interprétant à l'aune des objectifs généraux de ce règlement. Une telle rationalisation est, vu les débats résumés ci-avant, plus que la bienvenue.

## 2. L'étendue de l'explication

Reconnaître que l'obligation du responsable de traitement de transmettre à la personne concernée des informations constitue un droit à l'explication est, en soi, insuffisant. Encore faut-il déterminer quelles informations doivent être communiquées. Une fois encore, la doctrine est loin d'être unanime à cet égard (a). Malheureusement, la CJUE va rester silencieuse sur ce point. Les conclusions de son avocat général sont, toutefois, riches d'enseignement permettant de supposer quelle position la CJUE pourrait adopter dans une prochaine affaire (b).

### a) Des informations utiles

Aux termes du RGPD, le responsable du traitement doit informer la personne concernée de « l'existence d'une prise de décision automatisée [...] » et, « au moins en pareil cas », lui fournir « des informations utiles concernant la logique sous-jacente » (art. 13, § 2, f), art. 14, § 2, g) et art. 15, § 1<sup>er</sup>, h), RGPD)<sup>206</sup>. Or, les concepts « d'informations utiles » et de « logique sous-jacente » utilisés aux articles 13 à 15 du RGPD sont particulièrement sibyllins<sup>207</sup>. Deux questions se posent : qu'est-ce qu'une information utile concernant la logique

<sup>202</sup> Arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, OQ c. Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring), affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 15.

<sup>203</sup> *Ibid.*, para 16.

<sup>204</sup> *Ibid.*, para 56.

<sup>205</sup> A. SELBST et J. POWLES, « Meaningful information and the right to explanation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, 2017, pp. 233-242, 234 ("This debate appears headed in the wrong direction because it is missing such a major piece. Whether one uses the phrase 'right to explanation' or not, more attention must be paid to the GDPR's express requirements and how they relate to its background goals, and more thought must be given to determining what the legislative text actually means.").

<sup>206</sup> Comme souligné *supra*, notes 75-76, les informations à communiquer devaient également l'être lorsque la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé était exceptionnellement autorisée en vertu d'une des exceptions de l'article 22, § 2, RGPD.

<sup>207</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 152.

## DOCTRINE

sous-jacente et à l'aune de qui doit-on en évaluer l'utilité ?

En ce qui concerne, d'abord, le caractère utile de l'information à communiquer, la doctrine tend à s'accorder pour souligner qu'il doit être évalué depuis le point de vue de la personne concernée qui n'a, vraisemblablement, aucune expertise technique<sup>208</sup>. C'est également, semble-t-il, la conclusion du groupe de travail « Article 29 », selon lequel les informations communiquées doivent être compréhensibles par la personne concernée, lui permettre de comprendre les motifs de la décision et lui permettre de la contester<sup>209</sup>. Dès lors, les informations à communiquer sont utiles si elles permettent à une personne concernée « moyenne »<sup>210</sup> de « comprendre le "comment" »

de la décision et le "pourquoi" de ses effets » afin qu'elle puisse exprimer son point de vue et contester ladite décision, conformément à l'article 22, § 3, RGPD<sup>211</sup>. En conséquence, le critère permettant de déterminer si une information est utile ou non doit être fonctionnel, c'est-à-dire « lié à une action que l'explication permet à la personne concernée, comme le droit de contester une décision »<sup>212</sup>.

En revanche, ce n'est certes pas l'unanimité qui règne quant au sens à donner au concept d'information utile concernant la logique sous-jacente. Dans une interprétation extensive, le droit à l'information des articles 13 à 15 RGPD peut justifier de remettre à la personne concernée des informations générales sur le système qui permet une prise de décision automatisée. À l'inverse, interprété restrictivement, il peut aussi simplement se référer aux éléments du système qui ont eu un impact sur la décision concernant l'individu dans le cas particulier<sup>213</sup>.

Il est utile, à cet égard, de revenir à l'étude de Wachter, Mittelstadt et Floridi. Pour rappel, ces trois auteurs distinguent l'explication *ex ante*

<sup>208</sup> D. KAMARINOU, C. MILLARD et J. SINGH, « Machine Learning with Personal Data », in R. LEENES *et al.* (dir.), *Data Protection and Privacy, The Age of Intelligent Machines*, Oxford, Hart Publishing, 2017 ; J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », in *Erasmus Law Review*, vol. 11, n° 3, 2018, pp. 178-189 ; G. MALGIERI, « Automated Decision-Making in the EU Member States : The Right to Explanation and Other "Suitable Safeguards" in the National Legislations », *Computer Law & Security Review*, vol. 35, n° 5, 2019, 105327 ; E. BAYAMLIOGLU, « The right to contest automated decisions under the General Data Protection Regulation : Beyond the so-called "right to explanation" », *Regulation & Governance*, vol. 16, n° 4, 2022, pp. 1058-1078.

<sup>209</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, pp. 25-27.

<sup>210</sup> Dans le cadre de relations commerciales entre un consommateur et une entreprise ayant recours au traitement automatisé, certains auteurs ont notamment imaginé une stratégie de « double divulgation », qui consisterait d'une part, en la communication d'informations « standards » pour répondre à la demande d'information d'un consommateur lambda, et d'autre part, en une communication contenant des informations techniques supplémentaires (tel un code source) afin de répondre à la demande d'information

d'un consommateur plus avisée en la matière. Ceci permettrait notamment, selon les auteurs, d'informer les consommateurs de manière plus transparente et complète eu égard à leurs attentes respectives. Sur cette idée, voy. A. J. WULF et O. SEIZOV, « "Please Understand We Cannot Provide Further Information" : Evaluating Content and Transparency of GDPR-Mandated AI Disclosures », *AI & Society*, vol. 39, 2024, pp. 235-256, 252-253.

<sup>211</sup> D. SANCHO, « Automated Decision-Making and Article 22 GDPR : Towards a more substantial regime for solely automatic decision-making », in M. EBERS et S. NAVAS (dir.), *Algorithms and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 136-156, 153.

<sup>212</sup> A. SELBST et J. POWLES, « Meaningful information and the right to explanation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, 2017, pp. 233-242, 236 (traduction libre).

<sup>213</sup> J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », *Erasmus Law Review*, vol. 3, 2018, pp. 178-189, 183.

et *ex post* des fonctionnalités du système et des décisions spécifiques. Selon eux, le droit à l'explication qui n'existe pas est le droit à l'explication *ex post* d'une décision spécifique. En revanche, ils identifient, sur la base des articles 13 et 14 RGPD, un « droit limité à être informé » qu'ils définissent comme « un droit limité à l'explication de la fonctionnalité des systèmes automatisés de prise de décisions »<sup>214</sup>. Selon eux, puisque ces deux dispositions imposent que le responsable du traitement informe la personne concernée de la prise de décision automatisée au moment de la collecte des données, aucun droit *ex post* ne peut en être inféré<sup>215</sup>. En synthèse, la combinaison de ces deux conclusions suggère que, selon Wachter, Mittelstadt et Floridi, le droit à l'explication ne concerne que les fonctionnalités du système et pas les décisions spécifiques.

Cette analyse a été particulièrement critiquée. En effet, cette conclusion repose d'une part, sur la distinction entre l'explication des fonctionnalités du système – notamment, « la spécification des exigences du système, les arbres de décision, les modèles prédéfinis, les critères et les structures de classification »<sup>216</sup> – et l'explication d'une décision spécifique – « la pondération des caractéristiques, les règles de décision spécifiques à un cas définies par la machine, les informations sur les groupes de référence ou de profil »<sup>217</sup> – et, d'autre part, sur l'assertion selon laquelle la demande d'explication d'une décision spécifique constitue une charge plus lourde que l'explication de la fonctionnalité du système. Cette distinction est difficilement tenable. À supposer que le système soit

explicable<sup>218</sup>, il découle de la nature déterministe de ce dernier que si on donne les mêmes données d'entrée (*inputs*) au même modèle, on obtiendra toujours le même résultat (*output*), à moins que le modèle ne change<sup>219</sup>. En effet, « il n'existe pas de "règles de décision spécifiques à un cas" », comme le suggèrent Wachter, Mittelstadt et Floridi, car « le modèle est le modèle, et les règles qui le constituent décident de tous les cas »<sup>220</sup>. Certes, les données d'entrée sont requises pour déterminer une décision spécifique, mais « une fois que le modèle est construit et que les données d'entrée sont connues, la logique détermine le résultat »<sup>221</sup>. Partant, lorsqu'il est possible d'expliquer les fonctionnalités du système, il devrait également être possible d'expliquer pourquoi telle décision a été spécifiquement prise.

En conséquence, certains auteurs ont suggéré que les articles 13 à 15 RGPD requièrent que les informations communiquées sur la logique du traitement doivent principalement aider à comprendre pourquoi *telle* personne concernée a fait l'objet de *telle* décision<sup>222</sup>. Plus exactement, ils affirment que « le modèle [...] doit être compris par un être humain » et que « toute explication adéquate devrait, au

<sup>214</sup> S. WACHTER, B. MITTELSTADT et L. FLORIDI, « Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, 2017, pp. 76-99, 96.

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 78 (traduction libre).

<sup>217</sup> *Ibid.* (traduction libre).

<sup>218</sup> Hypothèse non négligeable s'il en est, car tous les systèmes ne sont pas explicables. Ainsi, il est parfois impossible tant d'expliquer les fonctionnalités du système qu'une décision spécifique. Sur ce point, voy. F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2016 ; B. BREVINI et F. PASQUALE, « Revisiting the Black Box Society by rethinking the political economy of big data », *Big Data and Society*, vol. 7, n° 2, 2020, pp. 1-4.

<sup>219</sup> A. SELBST et J. POWLES, « Meaningful information and the right to explanation », *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, 2017, pp. 233-242, 239.

<sup>220</sup> *Ibid.* (traduction libre).

<sup>221</sup> *Ibid.* (traduction libre).

<sup>222</sup> J. MAZUR, « Right to Access Information as a Collective-Based Approach to the GDPR's Right to Explanation in European Law », *Erasmus Law Review*, vol. 3, 2018, pp. 178-189, 183.

minimum, expliquer comment les caractéristiques d'entrée sont liées aux prédictions »<sup>223</sup>.

Pour le groupe de travail « Article 29 », l'article 15, § 1<sup>er</sup>, h) RGPD impose au responsable du traitement de communiquer des informations relatives aux conséquences envisagées du traitement plutôt qu'une explication ~~une~~ décision en particulier<sup>224</sup>. Concrètement, cela signifie que le responsable du traitement doit fournir à la personne concernée des informations générales sur les motifs et les éléments (en ce compris leur pondération) sur lesquels est fondée la décision. À l'inverse, cela suppose également, comme le souligne le groupe de travail « Article 29 », que le responsable du traitement n'est pas tenu de divulguer l'algorithme complet<sup>225</sup>, respectant ainsi, notamment, ses éventuelles obligations issues de la protection de la propriété intellectuelle et du secret d'affaires<sup>226</sup>.

*b) L'absence de prise de position de la CJUE dans SCHUFA et opinion de l'avocat général*

Contrairement à la CJUE, qui reste silencieuse sur ce point, l'avocat général M. Priit Pikamäe expose l'étendue du droit d'information visé à l'article 15, § 1<sup>er</sup>, h), RGPD. Selon lui, il convient d'opérer une lecture combinatoire de l'article 15 et du considérant 63 RGPD<sup>227</sup>.

Si l'article 15 oblige bel et bien le responsable du traitement de communiquer à la personne concernée des « informations utiles concernant la logique sous-jacente » du traitement automatisé, le considérant 63 souligne quant à lui que, quand bien même « toute personne concernée devrait avoir le droit de connaître et de se faire communiquer, en particulier, [...] la logique qui sous-tend [l']éventuel traitement automatisé [de leurs données à caractères personnelles] et les conséquences que ce traitement pourrait avoir, au moins en cas de profilage [...] ce droit ne devrait pas porter atteinte aux droits ou libertés d'autrui, y compris au secret des affaires ». Pour l'avocat général, il faut en conclure, d'une part, que le législateur européen était conscient des tensions existantes entre la transparence et le secret des affaires et, d'autre part, qu'il n'a pas souhaité établir de hiérarchie entre ces deux droits fondamentaux<sup>228</sup>. Toutefois, le législateur a pris la peine de préciser que ce conflit ne peut « aboutir à refuser toute communication d'informations à la personne concernée » (considérant 63 RGPD). L'avocat général en conclut donc, à juste titre, « qu'un minimum d'informations doit en tout cas être fourni afin de ne pas compromettre le contenu essentiel du droit à la protection des données à caractère personnel »<sup>229</sup>. Le secret des affaires doit donc être analysé comme une « raison légitime » de refuser de communiquer certaines informations et ne peut en aucune façon « justifier un refus absolu d'information »<sup>230</sup>.

<sup>223</sup> B. GOODMAN et S. FLAXMAN, « European Union Regulations on algorithmic decision-making and a 'right to explanation' », *AI Magazine*, vol. 38, n° 3, 2017, pp. 50-57, 55.

<sup>224</sup> Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, pp. 25-27.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>226</sup> G. MALGIERI, « Trade Secrets v Personal Data : A possible solution for balancing rights », *International Data Privacy Law*, vol. 6, n° 2, 2016, pp. 102-116.

<sup>227</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, OQ c. *Land Hessen*, en

présence de *SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 55.

<sup>228</sup> La protection des données personnelles étant assurée par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tandis que la propriété intellectuelle est protégée par l'article 17, § 2, de cette même Charte.

<sup>229</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, OQ c. *Land Hessen*, en présence de *SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 56.

<sup>230</sup> *Ibid.*

Dans ces circonstances, la question qui doit immédiatement être posée concerne l'étendue des informations à communiquer lorsque le secret des affaires est légitimement invoqué comme exception au principe de transparence. Sur ce point, l'avocat général va faire une lecture combinée de l'article 12, § 1<sup>er</sup> et du considérant 58 RGPD, selon laquelle les informations à communiquer dans le cadre, notamment, de l'article 15 doivent l'être « d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples » (art. 12, § 1<sup>er</sup>, RGPD), ce qui « vaut tout particulièrement dans des situations où [...] la complexité des technologies utilisées [fait] en sorte qu'il est difficile pour la personne concernée de savoir et de comprendre si des données à caractère personnel la concernant sont collectées, par qui et à quelle fin » (considérant 58 RGPD). Partant, vu (1) que le secret des affaires ne peut constituer un refus absolu de communiquer des informations mais (2) qu'il peut être une raison légitime de refuser de communiquer certaines informations et que (3) lesdites informations doivent être formulées en termes clairs et simples, (4) à plus forte raison dans un contexte de complexité technologique, alors il y a lieu de conclure que le secret des affaires peut constituer « une raison légitime de refuser de communiquer l'algorithme utilisé pour calculer le score de la personne concernée [...] compte tenu de sa complexité » car « l'utilité de communiquer une formule particulièrement complexe serait douteuse sans en fournir les explications nécessaires »<sup>231</sup>. Ceci confirme la thèse, mentionnée ci-avant, selon laquelle le caractère utile de l'information à communiquer doit être évalué depuis le point de vue de la personne concernée<sup>232</sup>.

En substance, les informations à communiquer à la personne concernée au regard de la « logique sous-jacente » (art. 15, § 1<sup>er</sup>, h), RGPD) de la prise de décision automatisée doit comporter « des explications suffisamment détaillées sur la méthode utilisée pour le calcul du score et les raisons qui ont conduit à un résultat déterminé », c'est-à-dire « les facteurs pris en considération pour le processus décisionnel » ainsi que leur pondération<sup>233</sup>, mais pas de l'algorithme (ayant procédé à l'évaluation) en tant que tel – en raison du secret d'affaires et de la complexité technologique rendant impossible la communication d'informations claires relatives à son fonctionnement<sup>234</sup>.

Sur le principe, cette conclusion semble alignée avec la pratique des juridictions et autorités administratives nationales qui tendent à limiter le droit à l'information des personnes concernées en raison, notamment, du secret d'affaires<sup>235</sup>. Une différence notable doit toutefois être soulignée : alors que les décisions administratives et judiciaires nationales permettaient aux entreprises de ne révéler que peu (voire aucune) d'informations relatives à la prise de décisions fondées exclusivement sur

<sup>233</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, *OQ c. Land Hessen, en présence de SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 58.

<sup>234</sup> Cette position a également été adoptée par le Groupe de travail « Article 29 ». Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, version révisée et adoptée le 6 février 2018, WP252rev.01, disponible sur <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, pp. 25, 27.

<sup>235</sup> Pour une analyse de ces décisions, voy. A. J. WULF et O. SEIZOV, « Artificial Intelligence and Transparency : A Blueprint for Improving the Regulation of AI Applications in the EU », *European Business Law Review*, vol. 31, n° 4, 2020, pp. 611-640 ; A. J. WULF et O. SEIZOV, « The Principle of Transparency in Practice : How Different Groups of Stakeholders View EU Online Information Obligations », *European Review of Private Law*, vol. 28, n° 5, 2020, pp. 1065-1092.

<sup>231</sup> *Ibid.*, paras 56-57.

<sup>232</sup> E. BAYAMLIOGLU, « The right to contest automated decisions under the General Data Protection Regulation : Beyond the so-called 'right to explanation' », *Regulation & Governance*, vol. 16, n° 4, 2022, pp. 1058-1078.

le traitement automatisé, l'avocat général écrit ici que le secret d'affaires, s'il empêche la communication de l'algorithme en tant que tel, ne s'oppose pas à la communication de ses facteurs et de leur pondération – c'est-à-dire, la logique de base de l'algorithme. Pour le dire autrement, si les conclusions de l'avocat général devaient être suivies dans une future affaire, elles ne permettraient plus aux entreprises telles que SCHUFA de se contenter de déclarer qu'elle utilise « des procédures mathématiques statistiques modernes » pour évaluer la solvabilité des personnes concernées et d'invoquer le secret d'affaires pour ne pas révéler les données d'entrée ou leur pondération<sup>236</sup>. Les conclusions de l'avocat général semblent donc répondre aux attentes des personnes concernées. Selon une récente étude quant à ce que l'explication devrait inclure selon les personnes concernées, 44 % des répondants appellent de leurs vœux une explication de la logique de base utilisée par l'algorithme et l'énumération des données personnelles qui entrent dans le processus de prise de décision automatisée, 15 % souhaiteraient obtenir le code de l'algorithme, 21 % se contenteraient d'une simple information de l'utilisation d'un système automatisé sans explication de sa logique sous-jacente, et 20 % souhaiteraient, outre cette information, une explication de la logique sous-jacente dudit système<sup>237</sup>.

#### **IV. CONCLUSION INTERMÉDIAIRE : LES ENSEIGNEMENTS À TIRER DE SCHUFA POUR LA PRISE DE DÉCISION AUTOMATISÉE**

SCHUFA est intéressant pour au moins trois raisons. Premièrement, cet arrêt confirme que

<sup>236</sup> A. J. WULF et O. SEIZOV, « 'Please Understand We Cannot Provide Further Information': Evaluating Content and Transparency of GDPR-Mandated AI Disclosures », *AI & Society*, vol. 39, 2024, pp. 235-256, 249.

<sup>237</sup> *Ibid.*, 239.

l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, est une interdiction de principe et non un droit subjectif de la personne concernée. Deuxièmement, un droit à l'explication existe sous l'angle du droit à l'information (art. 13 à 15 RGPD) selon lequel, en vertu d'une interprétation fonctionnelle, les éléments communiqués doivent permettre à la personne concernée d'exprimer son point de vue et de contester la décision. Troisièmement, la décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD se situe au stade de l'évaluation de la solvabilité d'une personne concernée par une société d'information commerciale (telle que SCHUFA) à qui aurait été déléguée cette tâche par un établissement de crédit et non au stade de la décision de ce dernier d'octroyer ou de refuser le crédit lorsque cet établissement fonde cette dernière décision (quasi) exclusivement sur le traitement automatisé (réalisé par la société d'information commerciale) des données personnelles dudit client. Cela signifie que l'identification de la décision au sens de l'article 22 ne peut être réalisée qu'au cas par cas.

En ce qu'il comble un vide juridique en étendant la protection des personnes concernées, SCHUFA mérite d'être salué. Toutefois, il est légitime de s'interroger sur la durabilité de cette protection, dès lors que le très récent Règlement sur l'Intelligence Artificielle (AIA) inclut au sein de son champ d'application l'évaluation automatisée de la solvabilité des personnes concernées lorsque celle-ci est réalisée par un système d'IA. Cette question est traitée dans la prochaine (et dernière) section.

#### **V. L'AVENIR DES MESURES PROBABILISTES DE SOLVABILITÉ : LE RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE**

~~Depuis la publication de la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle par la Commission européenne en avril 2021, il est~~

devenu clair que l'établissement d'une valeur de probabilité mesurant la solvabilité d'une personne concernée ne serait plus seulement régenté par le RGPD, mais également par le droit européen de l'IA<sup>238</sup>. L'objectif de l'AIA est de constituer un règlement d'harmonisation du marché intérieur fixant des règles uniformes des systèmes d'IA<sup>239</sup> – qualifiés de produits qui doivent faire l'objet d'une évaluation de la conformité et respecter des exigences spécifiques avant d'être mis sur le marché – tout en assurant un degré de protection de la santé, de la sécurité, et des droits fondamentaux des citoyens européens<sup>240</sup>. L'AIA est organisé selon une approche basée sur le risque et impose ainsi une pression réglementaire différente selon que le système d'IA présente un risque inacceptable (interdiction de mise sur le marché, art. 5 AIA), haut (mise sur le marché conditionnée au respect d'exigence stricte, art. 8 AIA), limité (mise sur le marché conditionnée au respect de certaines exigences de transparence, art. 50 AIA) ou non haut (catégorie résiduelle pour laquelle des codes de conduite sont recommandés, art. 95 AIA).

Ce règlement, en ce qu'il qualifie les systèmes d'IA établissant une valeur de probabilité

mesurant la solvabilité d'une personne concernée de systèmes à haut risque (A) a un impact direct sur l'applicabilité de l'article 22 RGPD, en ce qu'est requis pour être conforme à l'AIA un contrôle humain effectif (B). Cela a un impact sur les explications à fournir à la personne concernée, car il n'existe pas de parallèle complet entre les dispositions de l'AIA et du RGPD organisant la transparence.

#### **A. L'établissement par un système d'IA d'une valeur de probabilité mesurant la solvabilité d'une personne relève de l'AIA**

Sans qu'il soit besoin de rentrer dans le détail du champ d'application *ratione materiae* de l'AIA<sup>241</sup>, il convient de souligner que les systèmes d'IA destinés à être utilisés pour évaluer la solvabilité des personnes physiques ou établir leur score de crédit, à l'exception des systèmes d'IA utilisés à des fins de détection de la fraude financière, sont des systèmes d'IA à haut risque (art. 6, § 2, AIA, lu en combinaison avec l'annexe III(5) (b) AIA). Par voie d'exception, un tel système peut échapper à cette qualification « s'il ne présente pas de risque significatif d'atteinte à la santé, à la sécurité ou aux droits fondamentaux des personnes physiques, y compris en n'influençant pas sensiblement le résultat de la prise de décision » (art. 6, § 3, *in limine*, ~~AI Act~~), ce qui sera le cas lorsque le système d'IA est destiné à exécuter une tâche procédurale limitée (art. 6, § 3, a), AIA), à améliorer le résultat d'une activité humaine précédemment réalisée (art. 6, § 3, b), AIA), à exécuter une tâche préparatoire à une évaluation pertinente aux fins des cas d'utilisation énumérés à l'annexe III (art. 6, § 3, d), AIA), ou à détecter

<sup>238</sup> ~~Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM(2021)206 final.~~

<sup>239</sup> Par système d'IA, il y a lieu d'entendre « un système basé sur une machine, conçu pour fonctionner avec différents niveaux d'autonomie, qui peut s'adapter après son déploiement et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des données qu'il reçoit, comment générer des résultats tels que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer des environnements physiques ou virtuels » (art. 3, 1), AIA).

<sup>240</sup> L. GROZDANOVSKI et J. DE COOMAN, « Forget the Facts, Aim for the Rights! On the Obsolescence of Empirical Knowledge in Defining the Risk/Rights-Based Approach to AI Regulation in the European Union », *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 49, n° 2, 2023, pp. 207-330.

<sup>241</sup> Sur ce point, voy. J. DE COOMAN, « Humpty Dumpty and High-Risk AI Systems: The *Ratione Materiae* Dimension of the Proposal for an EU Artificial Intelligence Act », *Market and Competition Law Review*, vol. 6, n° 1, 2022, pp. 49-88.

des schémas décisionnels ou des écarts par rapport à des schémas décisionnels antérieurs et n'est pas destiné à remplacer ou à influencer l'évaluation humaine précédemment réalisée, sans contrôle humain approprié (art. 6, § 3, c), AIA). Néanmoins, par exception à l'exception, un tel système d'IA doit toujours être considéré à haut risque lorsqu'il réalise le profilage d'une personne physique (art. 6, § 3, *in fine*, AIA). Le profilage étant défini au sein de l'AIA par un renvoi à l'article 4 RGPD et la CJUE ayant confirmé, dans *SCHUFA*, que l'établissement d'une valeur de probabilité mesurant la solvabilité d'une personne concernée doit être considéré comme du profilage au sens de cette disposition, il y a lieu de conclure qu'un système d'IA destiné à évaluer la solvabilité des personnes physiques ou établir leur score de crédit doit systématiquement être considéré comme un système d'IA à haut risque.

Dire qu'un système d'IA est à haut risque au sens de l'AIA n'est pas sans conséquence. Conformément à l'article 8, § 1<sup>er</sup>, AIA, la mise sur le marché d'un tel système sera conditionnée au respect d'exigences de conformité dont doivent s'acquitter les fournisseurs (*providers*)<sup>242</sup>. Les systèmes d'IA doivent ensuite faire l'objet d'une procédure d'(auto)évaluation de la conformité : dans la plupart des cas, les fournisseurs évaluent eux-mêmes la conformité de leurs systèmes aux exigences légales (art. 43 AIA), établissent une déclaration de conformité (art. 47 AIA), apposent sur leur système un marquage CE (art. 48 AIA) et le font enregistrer dans une base de données ad hoc (art. 49 AIA).

<sup>242</sup> Par fournisseur, il y a lieu d'entendre « une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou un autre organisme qui développe ou fait développer un système d'IA ou un modèle d'IA à usage général et le met sur le marché ou met le système d'IA en service sous son propre nom ou sa propre marque, que ce soit à titre onéreux ou gratuit » (art. 3, 3), AIA).

## B. De l'intervention humaine de l'article 22 RGPD au contrôle humain de l'article 14 AIA

Toujours sans qu'il soit besoin de rentrer dans le détail des exigences imposées par l'AIA<sup>243</sup>, deux dispositions de ce règlement retiennent l'attention car faisant directement écho à celles du RGPD dont elles sont le reliquat. D'une part, tout comme l'article 22 RGPD, l'article 14 AIA impose un contrôle humain effectif, sans qu'il y ait toutefois de chevauchement complet entre ces deux dispositions (1). D'autre part, alors que le RGPD préférerait utiliser – à tout le moins dans ces dispositions contraignantes – l'appellation « droit à l'information » (art. 13 à 15 RGPD), l'AIA organise quant à lui un droit à l'explication (art. 86 AIA). Toutefois, le contenu de ces droits est paradoxalement différent (2).

### 1. Chevauchement partiel des articles 22 RGPD et 14 AIA

L'article 14 AIA organise le principe de contrôle humain (*human oversight*). Plus exactement, « la conception et le développement des systèmes d'IA à haut risque permettent, notamment au moyen d'interfaces homme-machine appropriées, un contrôle effectif par des personnes physiques pendant leur période d'utilisation » (art. 14, § 1<sup>er</sup>, AIA). Soit, mais voilà : à l'instar de l'article 22 RGPD, dont chaque élément-clef était, à tout le moins jusqu'aux clarifications jurisprudentielles de la CJUE, particulièrement sibyllin, ce qu'implique

<sup>243</sup> Voy. M. VAELE et F. ZUIDERVEEN BORGESUIS, « Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach », *Computer Law Review International*, n° 4, 2021, pp. 98-112 ; M. EBERS, « Standardizing AI : The Case of the European Commission's Proposal for an 'Artificial Intelligence Act' », in L. A. DiMATTEO, C. PONCIBO et M. CANNARSA (dir.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence Global Perspective on Law and Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 321-344.

concrètement le contrôle humain effectif requis par l'article 14, § 1<sup>er</sup>, AIA est tout aussi nébuleux. La doctrine juridique a, à cet égard, eu l'occasion de souligner que « le contrôle humain peut avoir des orientations fondamentalement différentes en ce qui concerne les aspects du processus d'un système que le contrôle doit viser, le moment où le contrôle doit être effectué et l'identité de la personne censée effectuer le contrôle »<sup>244</sup>. C'est ainsi que le groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'IA constitué par la Commission européenne en juin 2018 (ci-après HLEG) expliquait que le contrôle humain peut désigner soit « la capacité d'intervention humaine dans chaque cycle de décision du système » (« human-in-the-loop »), soit « une capacité d'intervention humaine dans le cycle de conception du système et la surveillance du fonctionnement du système » (« human-on-the-loop »), soit « une capacité de contrôle de l'activité globale du système d'IA (y compris de ses incidences économiques, sociétales, juridiques et éthiques au sens large) et la faculté de décider quand et comment utiliser le système dans une situation donnée » (« human-in-command »)<sup>245</sup>. Par une communication du 8 avril 2019, la Commission européenne souscrivit à ces développements<sup>246</sup>. À cet égard, Maxwell distingue très utilement « le contrôle humain relatif au fonctionnement du système

dans sa globalité (le contrôle "système") du « contrôle humain relatif à une décision algorithmique individuelle (le contrôle "individuel") »<sup>247</sup>. Selon lui, une surveillance du type « human-on-the-loop » est un exemple de contrôle système *ex post*, c'est-à-dire ayant lieu durant la phase d'exploitation du système d'IA<sup>248</sup>. Par analogie, une surveillance du type « human-in-the-loop » est une manifestation de contrôle individuel, qui peut avoir lieu *ex ante* ou *ex post*. Vu les développements qui précèdent, il ne surprendra guère de conclure que l'interdiction faite par l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD de la prise de décision automatisée est une exigence de contrôle individuel *ex ante* : un contrôle humain étant requis avant que la décision algorithmique ne puisse déployer ses effets pour échapper à la qualification de décision exclusivement fondée sur le traitement automatisé. À l'inverse, lorsque la prise d'une telle décision est exceptionnellement autorisée (art. 22, § 2, RGPD) le droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement (art. 22, § 3, RGPD) est une manifestation du contrôle individuel *ex post*.

Qu'en est-il du contrôle humain requis par l'AIA ? En tant que réglementation relative à la sécurité des produits, il impose que soit respectée une série de mesures avant la mise sur le marché du système et tout au long de son cycle de vie<sup>249</sup>. En ce qui concerne le contrôle humain individuel *ex ante* ou *ex post*, l'AIA est étrangement silencieux<sup>250</sup>. L'unique

<sup>244</sup> L. ENQVIST, « 'Human oversight' in the EU artificial intelligence act : What, when and by whom ? », *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, n° 2, 2023, pp. 508-535, 509-510.

<sup>245</sup> Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle constitué par la Commission européenne en juin 2018, Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance, avril 2019, p. 20.

<sup>246</sup> European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions : Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence, Brussels, 8 April 2019, COM(2019) 168 final, p. 4.

<sup>247</sup> W. J. MAXWELL, « Le contrôle humain pour détecter les erreurs algorithmiques », in C. CASTETS-RENAUD et J. EYNARD (dir.), *Un droit de l'intelligence artificielle : entre règles sectorielles et régime général*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 707-748, 711.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 713.

<sup>249</sup> Voy. par exemple l'article 9 AIA.

<sup>250</sup> J. LAUX, « Institutionalised distrust and human oversight of artificial intelligence : towards a democratic design of AI governance under the European Union

exception se trouve à l'article 14, § 5, selon lequel « aucune mesure ou décision n'est prise par le déployeur [lire : utilisateur professionnel] sur la base de l'identification [biométrique à distance] résultant du système [d'IA à haut risque] sans vérification et confirmation distinctes de cette identification par au moins deux personnes physiques disposant des compétences, de la formation et de l'autorité nécessaires » (art. 14, § 5, lu en combinaison avec l'annexe III, 1, a), AIA). Est ici organisé un « super » contrôle individuel *ex ante* puisqu'il empêche, selon le principe bien connu des quatre yeux, les mesures ou décisions automatisées ne deviennent effectives que si elles ont été préalablement validées par deux êtres humains. Cette exception mise à part, l'article 14 ne précise nullement si le contrôle humain est un contrôle système ou individuel, *ex ante* ou *ex post*. D'une part, deux obligations de cette disposition ont un caractère explicitement « durable » car concernant le fonctionnement du système « dans son ensemble » tout au long de son cycle de vie. C'est le cas de l'obligation faite aux développeurs de veiller à ce que les contrôleurs humains soient en mesure de surveiller le fonctionnement du système en général (art. 14, § 4, a), AIA) et de celle qui impose aux développeurs d'être en mesure d'intervenir dans le fonctionnement du système ou de l'interrompre ou moyen d'un bouton d'arrêt (art. 15, § 4, e), AIA. D'autre part, trois autres obligations de cette disposition tendent plutôt à conclure que l'article 14 impose un contrôle individuel des décisions du système. En effet, les contrôleurs humains doivent avoir la possibilité « d'avoir conscience d'une éventuelle tendance à se fier automatiquement ou excessivement aux sorties produites par un système d'IA à haut risque (biais d'automatisation), en particulier pour

les systèmes d'IA à haut risque utilisés pour fournir des informations ou des recommandations concernant les décisions à prendre par des personnes physiques » (art. 14, § 4, b), AIA), « d'interpréter correctement les sorties du système d'IA à haut risque, compte tenu par exemple des outils et méthodes d'interprétation disponibles » (art. 14, § 4, c), AIA) et « de décider, dans une situation particulière, de ne pas utiliser le système d'IA à haut risque ou d'ignorer, remplacer ou inverser la sortie du système d'IA à haut risque » (art. 14, § 4, d), AIA). Or, par « sortie », il y a lieu d'entendre « des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels » (art. 3, § 1<sup>er</sup>, *in fine*, AIA). Pour certains, l'amphigouri que constitue l'article 14 organise un système de contrôle « in-the-loop »<sup>251</sup>, soit ce que Maxwell qualifie de contrôle humain individuel *ex ante*. Pour ce dernier justement, l'article 14 doit plutôt être analysé comme « un mélange de contrôle humain individuel *ex ante* et *ex post* »<sup>252</sup>. Les travaux préparatoires de l'AIA semblent donner raison à ce dernier.

Deux informations pertinentes sont à retrouver dans le Livre Blanc de la Commission européenne de février 2020 et, plus tard, dans les

<sup>251</sup> D. ONITIU, « The limits of explainability & human oversight in the EU Commission's proposal for the regulation on AI- a critical approach focusing on medical diagnostic systems », *Information & Communication Technology Law*, vol. 32, n° 2, 2023, pp. 170-188 (écrivain pp. 179-180 : « the provision's main idea of human oversight is to ensure the expert-in-the-loop and individual agency regarding human operator's operation of high-risk systems »). Voy. égal. L. ENOVIŠT, « "Human oversight" in the EU artificial intelligence act : What, when and by whom ? », *Law, Innovation and Technology*, vol. 15, n° 2, 2023, pp. 508-535, 509-510 (soutenant ONITIU p. 517).

<sup>252</sup> W. J. MAXWELL, « Le contrôle humain pour détecter les erreurs algorithmiques », in C. CASTETS-RENARD et J. EYNARD (dir.), *Un droit de l'intelligence artificielle : entre règles sectorielles et régime général*, Bruxelles, Bruylant, 2023, pp. 707-748, 738.

*Staff Working Documents* accompagnant la proposition d'AIA. Premièrement, elle précisa que « même si les systèmes d'IA envisagés dans ce Livre Blanc [...] sont toutes considérées comme présentant un haut risque, le type et le degré appropriés de contrôle humain peuvent varier d'un cas à l'autre » et « dépendent en particulier de l'utilisation prévue des systèmes et des effets que cette utilisation pourrait avoir sur les citoyens et les entités juridiques concernés »<sup>253</sup>. Deuxièmement, la Commission souligna que le contrôle humain pouvait impliquer soit que « les résultats du système d'IA ne deviennent effectifs que s'ils ont été préalablement examinés et validés par un être humain (par exemple, le rejet d'une demande de prestations de sécurité sociale ne peut être pris que par un humain) », soit que « les résultats du système d'IA prennent effet immédiatement, mais l'intervention humaine est garantie par la suite (par exemple, le rejet d'une demande de carte de crédit peut être traité par un système d'IA, mais un contrôle humain doit être possible par la suite) »<sup>254</sup>. Autrement dit, la Commission reconnaît que le contrôle humain peut être individuel *ex ante* (premier scénario) ou individuel *ex post* (second scénario) selon les circonstances de l'espèce<sup>255</sup>.

Ces deux éléments, lus en combinaison, mènent à une simple conclusion : le contrôle

humain sera individuel *ex ante* ou *ex post* selon le risque posé par le système. Parmi les systèmes d'IA à haut risque, certains présentent ainsi un risque plus élevé que d'autres. Plus le risque, déjà qualifié de haut, sera élevé, et plus le recours au contrôle individuel *ex ante* sera justifié. C'est ce qui explique le régime particulier applicable au système d'IA d'identification biométrique à distance (soumis au principe de quatre yeux). Ces systèmes d'IA ne sont pas « simplement » à haut risque mais bien à « extrêmement » haut risque – typologie qui n'apparaît toutefois pas dans le libellé de l'AIA. C'est également ce qui justifie la distinction faite par la Commission dans le Livre Blanc et reprise par les *Staff Working Documents* accompagnant l'AIA : les risques liés au rejet d'une demande de prestation de sécurité sociale sont plus élevés ceux liés au rejet d'une demande de carte de crédit, ce qui implique que le contrôle humain applicable à la première situation doit être un contrôle individuel *ex ante* tandis que le second peut n'être qu'un contrôle individuel *ex post*<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> European Commission, « White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust », Bruxelles, 19 février 2020, COM(2020) 65 final, p. 21 ; European Commission, « Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Annexes Accompanying the 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 », Brussels, 21 avril 2021, SWD(2021) 84 final, Part. 2/2, p. 30 (traduction libre).

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> R. KOULU, « Proceduralizing control and discretion : Human oversight in artificial intelligence policy », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 27, n° 6, 2020, pp. 720-735, 728.

<sup>256</sup> Pour le surplus, il faut souligner que le HLEG avait conclu que, « dans de nombreux cas » l'approche *human-in-the-loop* « n'est ni possible ni souhaitable » (Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle constitué par la Commission européenne en juin 2018, Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance, avril 2019, p. 20). Toutefois, un élément suggère que le législateur européen serait bien inspiré d'organiser un contrôle individuel *ex ante*. Pour mémoire, l'un des objectifs de l'AIA est d'organiser, notamment, ce que la Commission a appelé un « ecosystem of trust » (European Commission, « White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust », Bruxelles, 19 février 2020, COM(2020) 65 final). Pour faire bref, l'idée est que si les citoyens européens n'ont pas confiance dans les systèmes d'IA, ils n'utiliseront pas ces produits et, ce faisant, les avantages économiques et sociaux supposément apportés par eux resteront inexploités (J. LAUX, S. WACHTER et B. MITTELSTADT, « Trustworthy artificial intelligence and the European Union AI act : On the conflation of trustworthiness and acceptability of risk », *Regulation & Governance*, vol. 18, n° 1, 2024, pp. 3-32). Or, une

Que faut-il en conclure ? Si un être humain est en mesure d'exercer un contrôle individuel *ex ante* sur le système d'IA, tout ce qui en sortira ne devrait être considéré comme une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé. Dans ces circonstances, la conformité à l'AIA (et notamment à son article 14) signifie respecter l'interdiction de la prise de décision automatisée visée à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Une décision fondée *exclusivement* sur le traitement automatisé ne peut en effet pas être prise par un système d'IA qui est *effectivement* soumis à un contrôle humain individuel *ex ante* puisque les conséquences de la sortie (*output*) ne deviennent effectives que si elle a été préalablement examinée et validée – contrôlée – par un être humain. À l'inverse, lorsque l'article 14 impose un contrôle individuel *ex post*, il n'interdit pas la prise de décisions automatisées mais transforme le *droit* de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement lorsque la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé est exceptionnellement autorisée (art. 22, § 3, RGPD) en une *obligation* dans le cadre de l'AIA, qui érige l'intervention humaine *ex post* en condition sine qua non de la légalité de l'établissement d'une valeur de solvabilité.

C'est la raison pour laquelle, selon le Comité européen de la protection des données (EDPB) et le contrôleur européen de la protection des

données (EDPS), l'exigence de contrôle humain telle que prévue par l'AIA assure l'interdiction de la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé<sup>257</sup>. La remarque de l'EDPB et de l'EDPS fait sens, une fois de plus, à la lumière d'une interprétation téléologique. En effet, l'un des objectifs de l'article 14 est littéralement inscrit au sein de cette disposition : « le contrôle humain vise à prévenir ou à réduire au minimum les risques pour la santé, la sécurité ou les droits fondamentaux qui peuvent apparaître lorsqu'un système d'IA à haut risque est utilisé conformément à sa destination » (art. 14, § 2, AIA). Cela signifie également que les contrôleurs humains doivent, *entre autres*, rester conscients de la tendance possible à se fier automatiquement ou à surestimer les résultats produits par un système d'IA à haut risque (art. 14, § 4, b), AIA). On trouve ici la même raison d'être que celle qui sous-tend l'article 22 RGPD, à savoir la minimisation du risque d'erreur et l'atténuation du biais d'automatisation. En outre, il existe une autre raison d'être au contrôle humain. Son identification nécessite un peu de rétroingénierie juridique<sup>258</sup>. Comme souligné ci-dessus, l'origine de l'article 14 AIA est à trouver au sein de l'exigence non contraignante du HLEG relative à l'action humaine et le contrôle humain (*human agency and oversight*), selon laquelle « les systèmes d'IA devraient soutenir l'autonomie et la prise de décisions humaines [et]

étude empirique a souligné que la confiance des citoyens croît lorsqu'il leur est expliqué qu'un contrôle individuel *ex ante* (plus exactement, la présence d'un *human-in-the-loop*) est organisé (N. Aoki, « The importance of the assurance that "humans are still in the decision loop" for public trust in artificial intelligence : Evidence from an online experiment », *Computers in Human Behavior*, vol. 114, 2021, <https://doi.org/10.1016/j.chb.2020.106572>). Si le législateur européen veut vraiment exploiter les bénéfices socio-économiques que devraient apporter les systèmes d'IA, il devrait donc préférer un contrôle individuel *ex ante*.

<sup>257</sup> Avis conjoint 05/2021 de l'EDPB et du CEPD sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle), 18 juin 2021, § 7, [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_ai\\_regulation\\_fr.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_fr.pdf).

<sup>258</sup> L. GROZDANOVSKI et J. DE COOMAN, « Forget the Facts, Aim for the Rights! On the Obsolescence of Empirical Knowledge in Defining the Risk/Rights-Based Approach to AI Regulation in the European Union », *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 49, n° 2, 2023, pp. 207-330.

devraient être à la fois les vecteurs d'une société démocratique, prospère et équitable »<sup>259</sup>. Selon le HLEG, cela découle du principe éthique du respect de l'autonomie humaine selon lequel « les êtres humains qui interagissent avec des systèmes d'IA doivent être en mesure de conserver leur autodétermination totale et effective et de prendre part au processus démocratique »<sup>260</sup>. Or, ce principe découle, une fois encore, de la protection de la dignité humaine au sens kantien du terme. Le parallélisme avec l'article 22 RGPD en est ainsi complet.

## **2. Du droit à l'information (art. 13 à 15 RGPD) au droit à l'explication (art. 86 AIA) : impact sur le principe de transparence**

Le passage de l'intervention humaine de l'article 22 RGPD au contrôle humain individuel *ex ante* (lorsqu'il est requis) de l'article 14 AIA a des conséquences, en ce que la qualification de décision fondée exclusivement sur la base du traitement automatisé entraînait l'activation de plusieurs dispositions du RGPD, et notamment le droit de la personne concernée d'être informée de l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, et au moins de recevoir des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour elle (art. 13, § 2, f), art. 14, § 2, g), et art. 15, § 1<sup>er</sup>, h), RGPD). Si la décision n'est pas fondée exclusivement sur un traitement automatisé – c'est-à-dire, si l'article 14 AIA organise un contrôle individuel *ex ante* et est respecté, alors le droit de la personne concernée de recevoir, *inter alia*, des

informations sur la logique sous-jacente du système employé disparaît.

Assurer un contrôle individuel *ex ante*, c'est donc empêcher les personnes concernées de faire usage de droits à l'information prévus aux articles 13 à 15 RGPD puisque ces derniers ne se déploient qu'en l'existence d'une prise de décision automatisée. Autrement dit, le droit à l'information (qui concerne la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues du traitement automatisé pour la personne concernée) n'est pas applicable s'il existe un contrôle individuel *ex ante*, puisque la présence d'un tel contrôle empêche la prise de décision automatisée. La question est donc de savoir si et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, l'AIA réintroduit ceux-ci. C'est évidemment là que le bât blesse. Contrairement au RGPD, qui est l'exemple type d'un règlement concrétisant un droit fondamental (à la protection des données personnelles) en organisant plusieurs droits subjectifs dans le chef des personnes concernées<sup>261</sup>, l'AIA est une législation d'harmonisation *maximum* sur la sécurité des produits qui fixe des règles uniformes à tous les États membres. En dépit des références faites *ad nauseam* à la protection des droits fondamentaux, l'AIA est profondément ancré dans une logique de marché<sup>262</sup>. En conséquence,

<sup>259</sup> Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle constitué par la commission européenne en juin 2018, « Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance », avril 2019, p. 19.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>261</sup> Sur ce point, voy. O. LINKSEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 35-36. Linksey y définit ce qu'elle appelle une « rights-based approach to regulation » comme la réglementation qui confère des droits subjectifs aux individus et concrétise les droits fondamentaux. Une telle concrétisation des droits fondamentaux signifie, selon la CJUE dans *Kükükdeveci*, une réglementation donnant une expression spécifique à un droit fondamental (arrêt de la Cour (GC), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, affaire C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, para 21).

<sup>262</sup> L. GROZDANOVSKI et J. DE COOMAN, « Forget the Facts, Aim for the Rights! On the Obsolescence of Empirical Knowledge in Defining the Risk/Rights-Based Approach to AI Regulation in the European Union »,

les droits subjectifs reconnus aux individus par l'AIA se limitent au droit de déposer une plainte auprès d'une autorité de surveillance du marché (art. 85 AIA) et au droit à l'explication de la prise de décision individuelle (art. 86 AIA). Ce dernier est évidemment hautement pertinent dans le cadre de l'établissement d'une valeur de probabilité mesurant la solvabilité d'une personne concernée. L'article 86, § 1<sup>er</sup>, AIA organise en effet le droit de toute personne concernée « faisant l'objet d'une décision prise par un déployeur sur la base du résultat d'un système d'IA à haut risque [...] et qui produit des effets juridiques ou affecte significativement cette personne de façon similaire d'une manière qu'elle considère comme ayant des conséquences négatives sur sa santé, sa sécurité ou ses droits fondamentaux [...] d'obtenir du déployeur des explications claires et pertinentes sur le rôle du système d'IA dans la procédure décisionnelle et sur les principaux éléments de la décision prise »<sup>263</sup>. Autrement dit, cette disposition organise le droit à l'explication des décisions individuelles quand bien même le système d'IA serait sous le contrôle effectif d'un opérateur humain (art. 14 AIA). Il convient toutefois de souligner, d'une part, que ce droit à l'explicabilité ne concerne que les systèmes d'IA à haut risque listés à l'Annexe III AIA, à l'exception de ceux qui sont destinés à être utilisés comme composants de sécurité dans la gestion et l'exploitation d'infrastructures numériques critiques, dans le trafic routier ou dans la fourniture d'eau, de gaz, de chauffage ou d'électricité (infrastructure critique) et, d'autre part, que ce droit n'existe que si le

droit européen ne l'organise pas par ailleurs (art. 86, § 3, AIA).

Ici encore, il est possible d'identifier un parallélisme entre le droit à l'information du RGPD et le droit à l'explication de l'AIA. Ce dernier découle de l'exigence non contraignante de transparence proposée par le HLEG, qui découle elle-même du principe éthique d'explicabilité qui trouve sa source au sein du principe de bonne administration et de l'obligation de motivation tel qu'institué par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>264</sup>. Selon le HLEG, le principe d'explicabilité signifie que « les processus doivent être transparents, que les capacités et la finalité des systèmes d'IA doivent être communiquées ouvertement, et que les décisions – dans la mesure du possible – doivent pouvoir être expliquées aux personnes directement et indirectement concernées » car « sans ces informations, une décision ne peut être dûment contestée »<sup>265</sup>. Cette dernière remarque fait directement écho à l'interprétation fonctionnelle des articles 13 à 15 et 22 RGPD selon les informations à communiquer à la personne concernée doivent être celle qui lui permettent de contester la décision automatisée (lorsque celle-ci est exceptionnellement autorisée par l'article 22, § 2). C'est également la conclusion de la CJUE dans son arrêt *PNR*, dans lequel elle soulignait que l'utilisation de systèmes

*Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 49, n° 2, 2023, pp. 207-330.

<sup>263</sup> Il peut être pertinent de souligner que, contrairement à l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD mais conformément à l'article 6, § 6, directive PNR et à l'article 11 LED, sont seuls visés les potentiels effets négatifs résultant de l'utilisation d'un système d'IA.

<sup>264</sup> Encore que, dans ce contexte, l'article 41 et l'obligation de motivation est ici étendue aux acteurs privés. Voy. L. GROZDANOVSKI et J. DE COOMAN, « Forget the Facts, Aim for the Rights! On the Obsolescence of Empirical Knowledge in Defining the Risk/Rights-Based Approach to AI Regulation in the European Union », *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 49, n° 2, 2023, pp. 207-330.

<sup>265</sup> Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle constitué par la commission européenne en juin 2018, « Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance », avril 2019, p. 16.

d'IA est « susceptible de priver les personnes concernées [...] de leur droit à un recours juridictionnel effectif consacré à l'article 47 de la Charte [...], en particulier pour contester le caractère non discriminatoire des résultats obtenus [...] compte tenu de l'opacité caractérisant [leur] fonctionnement [ce qui] risquerait de priver d'effet utile le réexamen individuel des concordances positives »<sup>266</sup>.

Faut-il se réjouir du changement de paradigme ici opéré, passant du droit à l'information (art. 13 à 15 RGPD) à un droit à l'explication (art. 86 AIA) ? Ce dernier étant controversé sous l'empire du RGPD, il peut être tentant de saluer la prévenance du législateur européen ayant choisi de le cristalliser dans l'AIA. Une lecture plus attentive suggère toutefois que l'optimisme n'est pas de mise. Comme indiqué ci-avant<sup>267</sup>, le principe de transparence (art. 15 RGPD) organise une explication, certes limitée, de la technologie utilisée pour procéder à l'établissement de l'évaluation de la solvabilité (c'est-à-dire, au moins, les facteurs pris en compte par l'algorithme ainsi que leur pondération). Toutefois, sous l'empire de l'AIA, l'explication à fournir ne concerne plus la *technologie* mais bien *son utilisation*. Plus exactement, ce qui doit être expliqué par l'utilisateur, ce sont « le rôle du système d'IA dans la procédure décisionnelle et [...] les principaux éléments de la décision prise » (art. 86, § 1<sup>er</sup>, *in fine*, AIA). Exit donc la communication d'information relative à la logique sous-jacente.

Une telle conclusion peut sembler surprenante, à plus forte raison que l'AIA promet également le respect du principe de transparence à son article 13. Cette disposition s'applique à ceux

qui conçoivent les systèmes d'IA et non à leurs utilisateurs. Ce sont en effet les fournisseurs qui doivent s'assurer que ces derniers sont en mesure d'interpréter les résultats du système d'IA. Autrement dit, l'article 13 AIA ne crée pas un *droit à l'explication* mais une *obligation d'explication* en exigeant que les systèmes d'IA soient conçus de manière à pouvoir être expliqués. Si une obligation de transparence pèse sur le fournisseur du système d'IA à haut risque, on pourrait en conclure qu'il existe, en parallèle, un droit à l'explication. Toutefois, le bénéficiaire de ce dernier ne serait pas la personne concernée mais bien l'utilisateur dudit système d'IA. Ainsi, si le développeur A a l'obligation d'expliquer à l'utilisateur B comment, notamment, interpréter les résultats fournis par le système d'IA lorsqu'il procède au profilage d'une personne C, le droit subjectif d'obtenir une explication naît dans le chef de l'utilisateur B et non de la personne concernée C.

Toutefois, si l'article 13 ne crée pas un droit subjectif à l'explication dans le chef des personnes concernées, il facilite bel et bien l'exercice de ce droit lorsqu'il existe *en vertu d'autres dispositions légales* (par exemple, le droit à une décision motivée en droit administratif) en exigeant que les systèmes d'IA à haut risque soient explicables dès leur conception<sup>268</sup>. Ainsi, l'exercice du droit de la personne concernée C d'obtenir une décision motivée de la part de l'administration B utilisant un système d'IA est facilité lorsque le développeur du système d'IA utilisé par B lui fournit les informations sans lesquelles la motivation est simplement impossible<sup>269</sup>. Or, comme souligné ci-dessus, un droit à l'explication est et reste controversé sous

<sup>266</sup> Arrêt de la Cour (GC), 21 juin 2022, *Ligue des droits humains c. Conseil des ministres*, affaire C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491, paras 194-195.

<sup>267</sup> Voy. *supra*, section III.D.2.

<sup>268</sup> M. FINK et M. FINCK, « Reasoned A(I)dmistration : explanation requirements in EU law and the automation of public administration », *European Law Review*, vol. 47, n° 3, 2022, pp. 376-392.

<sup>269</sup> *Ibid.*

l'empire du RGPD. Ce qui existe indubitablement, c'est un droit de recevoir au moins des informations utiles concernant la logique sous-jacente (art. 13 à 15 RGPD) lorsque la personne concernée fait l'objet d'une décision automatisée – ce qui ne sera pas le cas si le développeur assure la mise en conformité de son système avec l'AIA. Dans un tel schéma, la transparence imposée par l'article 13 AIA n'est donc d'aucun secours.

### C. Impact sur l'évaluation automatisée de la solvabilité des personnes concernées

Que faut-il conclure de tout ceci pour l'avenir de l'évaluation automatisée de la solvabilité des personnes concernées ? Les faits tels que décrits dans *SCHUFA* ne permettent pas d'établir avec certitude si la méthode probabiliste de la société d'information commerciale relève de la définition des systèmes d'IA établie à l'article 3, 1), AIA. À supposer que ce soit le cas, la société d'information commerciale (telle que *SCHUFA*) devrait être qualifiée de fournisseur (*provider*), c'est-à-dire « une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou un autre organisme qui développe ou fait développer un système d'IA ou un modèle d'IA à usage général et le met sur le marché ou met le système d'IA en service sous son propre nom ou sa propre marque, que ce soit à titre onéreux ou gratuit » (art. 3, 3), AIA). Cette société étant également celle qui, outre le développement du système, procède à l'évaluation de la solvabilité, elle devrait également être qualifiée de déployeur (*deployer*) dudit système (art. 3, 4), AIA).

Dans un tel scénario, l'établissement de crédit ne serait pas concerné par les obligations de l'AIA. C'est ici que l'arrêt *SCHUFA* peut être utilisé à des fins d'analyse prospective de la portée des dispositions de l'AIA.

Comme le soulignaient les conclusions de l'avocat général et l'arrêt de la CJUE, ce serait un non-sens de considérer l'établissement de crédit comme le preneur de décision et donc l'organisme responsable de fournir les informations conformément aux articles 13 à 15 RGPD, dès lors qu'il n'est matériellement pas en mesure de les fournir puisqu'il a sous-traité le traitement automatisé ayant permis l'établissement d'une valeur de probabilité mesurant la solvabilité d'OQ<sup>270</sup>. Dans le même ordre d'idée, il serait illogique de définir cet établissement de crédit comme le déployeur du système d'IA. Comment, en effet, lui imposer de communiquer à la personne concernée « des explications claires et pertinentes sur le rôle du système d'IA dans la procédure décisionnelle et sur les principaux éléments de la décision prise » (art. 86, § 1<sup>er</sup>, AIA) alors que, dans les faits, ce n'est pas lui qui l'utilise ?

Pour formuler l'évidence, toute autre serait la situation si la société d'information commerciale se contentait de développer le système et de le mettre à la disposition de l'établissement de crédit. Dans ce cas, c'est ce dernier qui **en serait procéderait** au profilage de la personne concernée et qui établirait ainsi sa solvabilité. Ce faisant, c'est lui qui devrait être qualifié d'utilisateur et c'est à lui que reviendrait l'obligation, d'une part, d'assurer un contrôle humain effectif (art. 14 AIA) et, d'autre part, de satisfaire le droit à l'explication (art. 86 AIA), ce qu'il serait en mesure de faire grâce aux informations et instructions d'utilisation que **SCHUFA** lui aurait préalablement communiquées, conformément à l'article 13 AIA (voy. tableau 2).

<sup>270</sup> Conclusions de l'avocat général M. Priit Pikamäe présentées le 16 mars 2023, OQ c. *Land Hessen*, en présence de *SCHUFA Holding AG*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, para 48 ; arrêt de la Cour (1<sup>re</sup> ch.), 7 décembre 2023, OQ c. *Land Hessen – SCHUFA Holding (Scoring)*, affaire C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957, para 63.

Scénario 1	Scénario 2
Une société d'information commerciale développe et utilise un système d'IA évaluant la solvabilité d'une personne concernée.	Une société d'information commerciale développe un système d'IA évaluant la solvabilité d'une personne concernée.
↓	↓
Cette société fournit le résultat du profilage à un établissement de crédit...	Cette société fournit le système d'IA à un établissement de crédit...
↓	↓
... qui prend une décision quant à l'octroi d'un financement (ou son refus).	... qui utilise le système d'IA pour procéder au profilage d'une personne concernée.
↓	↓
C'est sur la société d'information commerciale que pèse l'obligation de contrôle humain (art. 14 AIA) et d'explicabilité (art. 86 AIA).	La société d'information commerciale doit développer son système de sorte qu'il soit interprétable par son utilisateur (art. 13), tandis que c'est sur l'établissement de crédit que pèse l'obligation de contrôle humain (art. 14 AIA) et d'explicabilité (art. 86 AIA).

Tableau 2. Distribution des obligations induites de la mise en conformité à l'AIA

## VI. CONCLUSION

En tant que premier arrêt rendu par la CJUE relatif à l'article 22 RGPD, *SCHUFA* vient lever le voile sur certaines controverses qui animaient jusqu'à présent la doctrine juridique. Son apport est triple.

Premièrement, l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD, doit être lu comme une interdiction de principe, ce qui signifie que la prise de décision automatisée n'est autorisée que si le décideur est en mesure d'invoquer l'une des exceptions du second paragraphe (consentement, contrat, autorisation légale) et moyennant la mise en place de mesures protectrices des intérêts de la personne concernée. Ces mesures sont, d'ailleurs, non seulement l'organisation du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision (art. 22, § 3,

RGPD), mais aussi en l'utilisation par le responsable de traitement des procédures mathématiques ou statistiques adéquates aux fins de profilage (considérant 71 RGPD).

Deuxièmement, l'inclusion des mesures du considérant 71 suggère – mais ne confirme pas – l'existence d'un droit à l'explication, ce dernier étant textuellement mentionné audit considérant et non dans le texte de l'article 22. Toutefois, tant l'avocat général que la CJUE vont traiter la demande d'explication de la personne concernée non pas à l'aune d'un éventuel droit à l'explication mais sous l'angle du droit à l'information (art. 13 à 15 RGPD). Ce choix semble confirmer l'opinion doctrinale selon laquelle l'appellation du droit (à l'explication ou à l'information) n'a que peu d'importance et que ce qui doit primer est une interprétation fonctionnelle de celui-ci, c'est-à-dire que ce qui est

communiqué (information ou explication) doit permettre à la personne concernée d'exprimer son point de vue et de contester la décision.

Troisièmement, la CJUE a précisé que même si l'évaluation de la solvabilité est sous-traitée à une société d'information commerciale par un établissement financier, la personne concernée doit pouvoir invoquer, à l'égard de la société d'information commerciale, les dispositions du RGPD concernant la prise de décision automatisée. Concrètement, cela signifie que la décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD se situe au niveau de l'évaluation de la solvabilité réalisée par la société d'information commerciale, et non au niveau de la décision finale de l'établissement de crédit d'octroyer ou de refuser le crédit lorsque cette dernière est basée exclusivement sur cette évaluation automatisée. Dans ces circonstances, c'est l'évaluation de la solvabilité qui produit des effets juridiques sur la personne concernée, et non la décision formelle d'octroyer le crédit. En substance, la CJUE assure ainsi que le traitement automatisé sous-traité ne permet pas aux établissements de crédit de contourner l'interdiction de principe de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD. Dans un système de profilage en plusieurs étapes, la décision au sens de cette disposition doit être celle qui a des conséquences significatives pour la personne concernée, et non simplement celle qui intervient à la fin du processus décisionnel. Une action intermédiaire, telle que le profilage, peut donc constituer une décision au sens de l'article 22, § 1<sup>er</sup>, RGPD et être soumise à ses restrictions et mesures de protection (art. 22, § 3, RGPD, et considérant 71). Dans ce contexte, le secret des affaires protège l'algorithme de profilage mais pas la divulgation des facteurs utilisés dans l'évaluation, ni leur pondération.

En ce qu'il vient clore les débats doctrinaux et étendre la protection des personnes concernées en s'assurant que la sous-traitance du

profilage ne permet pas d'échapper aux obligations du RGPD, *SCHUFA* mérite d'être accueilli avec une certaine bienveillance. Cependant, il est pertinent de se demander si cette protection sera durable, étant donné que le très récent Règlement sur l'Intelligence Artificielle (AIA) inclut dans son champ d'application l'évaluation automatisée de la solvabilité des personnes concernées lorsque celle-ci est réalisée par un système d'IA (art. 6, § 2, AIA, lu en combinaison avec l'annexe III(5)(b) AIA). Un tel système sera alors qualifié de système d'IA à haut risque, ce qui n'est pas sans conséquence. Sa mise sur le marché est alors conditionnée au respect de certaines exigences (art. 8, § 1<sup>er</sup>, AIA) dont doivent s'acquitter les fournisseurs (*providers*) et utilisateurs professionnels (*deployers*). Parmi ces obligations est celle du contrôle humain (art. 14 AIA). En substance, cela signifie que les systèmes d'IA à haut risque doivent être conçus et développés de manière à permettre un contrôle effectif par leurs utilisateurs humains. Or, si ce contrôle devait être un contrôle individuel *ex ante*, aucune sortie (output) du système d'IA ne devrait pas être considérée comme une décision fondée *exclusivement* fondée sur un traitement automatisé. En d'autres termes, l'exigence de contrôle humain individuel *ex ante*, parfois prévue par l'AIA selon les circonstances, assure l'interdiction de la prise de décision fondée exclusivement sur le traitement automatisé organisé par le RGPD. Ce glissement juridique n'est toutefois pas sans conséquence. Certains effets sont attachés à la qualification d'une décision comme fondée exclusivement sur le traitement automatisé, notamment, le droit de la personne concernée d'obtenir des informations utiles concernant celui-ci (art. 13 à 15 RGPD). Organiser un contrôle individuel *ex ante*, c'est donc également empêcher les personnes concernées de recevoir ces informations. Or, au sein de l'AIA, le pendant du droit à l'information consacré

		RGPD		AIA		
		Art. 22	Art. 13 à 15	Art. 14	Art. 13	
<b>Raison d'être</b>		1. Protéger la dignité humaine 2. Minimiser le risque d'erreur	Assurer la contestabilité de la décision	1. Protéger la dignité humaine 2. Minimiser le risque d'erreur	Assurer le contrôle humain	Art. 86 Assurer la contestabilité de la décision
<b>Technologie concernée</b>		Traitement automatisé, en ce compris le profilage		Système d'IA à haut risque, en ce compris le profilage (art. 6, §§ 1 et 3)		Systèmes d'IA à haut risque de l'annexe III, à l'exception de ceux qui concernent une infrastructure critique, sauf si le droit à l'explication des décisions individuelles est prévu par ailleurs dans le droit de l'Union (art. 86, §3)
<b>Effet</b>		Contrôle humain obligatoire (art. 22, § 1 <sup>er</sup> ), sauf dans le cadre d'une exception (art. 22, § 2) soumise à certaines exigences de protection—dont le droit à une intervention humaine (art. 22, § 3, et considérant 71)	1. Communication des informations utiles concernant la logique sous-jacente du traitement automatisé (art. 13 à 15) ; 2. Dans la limite du secret des affaires (considérant 63) ; 3. D'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples (art. 12, § 1 <sup>er</sup> ) ; 4. À plus forte raison dans un contexte de complexité technologique (considérant 58)	Contrôle humain obligatoire (art. 14), sauf lorsque le développeur estime que son système n'est pas à haut risque, ce qu'il ne peut pas faire en cas de profilage (art. 6, § 3). La nature du risque qui permet de qualifier le contrôle humain de contrôle système ou contrôle individuel, <i>ex ante</i> ou <i>ex post</i> . Contrôle individuel <i>ex ante</i> opéré par au moins deux personnes différentes pour les systèmes d'identification biométrique à distance.	Communication aux développeurs de certaines informations (listées à l'article 13, § 3) relatives, notamment, au fonctionnement des systèmes d'IA à haut risque et permettant la mise en œuvre du contrôle humain visé à l'article 14 AIA.	1. Communication d'explications claires et utiles concernant : a. Le rôle du système d'IA dans le processus décisionnel b. Les éléments de la décision 2. Aucune explication du système n'est requise sous l'empire de cette disposition.
<b>Décideur</b>		Le décideur est :				
<b>Développeur</b>		1. La société d'information commerciale si l'évaluation de la solvabilité dicte la décision de l'établissement de crédit				
<b>Utilisateur</b>		2. Autrement, l'établissement de crédit (échappe à l'application de l'art. 22)				
						Le développeur est la société d'information commerciale L'utilisateur est : 1. La société d'information commerciale (si scénario n° 1) 2. L'établissement de crédit (si scénario n° 2)

Tableau 3. Analyse comparée des articles 13 à 15 et 22 RGPD et 13, 14 et 86 AIA

est le droit à l'explication de l'article 86. Le problème est que cette disposition ne prévoit pas l'explication de la logique de base du système d'IA – ce que prévoient les articles 13 à 15 RGPD puisqu'ils permettent la communication des facteurs dudit système ainsi que leur pondération – mais bien l'explication du rôle du système d'IA dans le processus décisionnel ainsi que les éléments de la décision. L'article 13 AIA, qui veut que les systèmes d'IA à haut risque soient transparents, n'est d'aucun secours puisqu'il organise l'obligation pour le développeur de rendre le système transparent pour l'utilisateur professionnel et non pour la personne qui serait affectée par la décision prise par lui (voy. tableau 3).

À la lumière de ce qui précède, il est légitime de se demander si *SCHUFA* aura un impact à l'avenir. Cet arrêt concernant l'évaluation automatisée de la solvabilité, il y a fort à parier que les prochaines affaires seront analysées non plus à l'aune du RGPD mais sous l'empire de l'AIA. Si celui-ci organise une interdiction absolue des décisions automatisées (lorsqu'il impose un contrôle humain individuel *ex ante*), l'explicabilité qu'il organise est moindre que celle suggérée par la CJUE et son avocat général dans *SCHUFA*. Reste à déterminer si l'explication de l'utilisation du système d'IA (de l'annexe III) sera suffisante pour permettre aux personnes affectées de contester les décisions les concernant. Dans l'affirmative, le passage du droit à l'information des articles 13 à 15 et 22 RGPD au droit à l'explication de l'article 86 AIA n'aura aucune incidence. Dans la négative, il faudrait en conclure que si *SCHUFA* représente un pas en avant vers une protection effective de la

personne concernée vis-à-vis des décisions automatisées, l'explicabilité limitée de l'AIA ferait, paradoxalement, faire deux pas en arrière. C'est à la CJUE qu'il reviendra d'interpréter ces dispositions et leur portée exacte. C'est ici qu'il est pertinent de se demander si *SCHUFA* peut être utilisé dans une dimension prospective pour tenter de deviner la solution vers laquelle la CJUE pourrait tendre, les articles 14 et 86 AIA sonnante comme le reliquat des articles 13 à 15 et 22 RGPD. En substance, l'article 14 AIA devrait pouvoir être interprété à la lumière de ce que constitue un contrôle humain effectif selon l'article 22 RGPD. Toutefois, la CJUE ne s'est pas étendue sur le sujet. Les conclusions de l'avocat général sont bien plus intéressantes mais elles restent à être confirmées dans une affaire ultérieure. Quant à savoir si les précisions de la CJUE quant au type d'information à fournir à la personne concernée à la lumière des articles 13 à 15 RGPD aident à l'interprétation de l'article 86 AIA, le doute subsiste puisque les explications de cette dernière disposition ne concernent pas l'outil en tant que tel mais son utilisation. Tout au plus peut-on suggérer que la CJUE, lorsqu'elle devra interpréter l'article 86 AIA, devrait choisir de suivre – comme dans *SCHUFA* – une interprétation fonctionnelle qui permette à la personne concernée d'exprimer son point de vue et de contester la décision (ce qui assurerait, par ailleurs, la conformité à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Il ne reste dès lors plus qu'à espérer que la CJUE aura l'occasion de se prononcer plus rapidement sur la portée des articles 13, 14 et 86 de l'AIA que sur celle de l'article 22 RGPD.