

INTERNATIONAL JOURNAL OF
DIGITAL AND DATA LAW

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT
DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE



 **IMODEV**
LES ÉDITIONS

Vol. 9 - 2023

ISSN 2553-6893

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV. Enfin, associée de BeRecht Avocats, elle est avocate au barreau de Paris et médiatrice professionnelle agréée par le CNMA.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV. Fondateur et associé de BeRecht Avocats, il est avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le CNMA.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons_CC-BY-NC-ND :

- 1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV. Partner at BeRecht Avocats, she is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV. Founder and partner at BeRecht Avocats, he is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license CC-BY-NC-ND:

- 1) the *International Journal of Open Governments/ la Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / la Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

LA CNIL DÉSIGNÉE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT RÉGULATEUR DE « L'IA DE CONFIANCE » DU SERVICE PUBLIC, ENJEUX ET PERSPECTIVES

par **Martine LEMALET**, doctorante à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne.

« Il ne connaît pas la pitié, ni les remords, ni la peur
et rien au monde ne peut l'arrêter, personne »
Terminator, dir. J. Cameron (1984)¹

Le choix de cette citation en introduction de l'étude du Conseil d'État, « Intelligence artificielle et action publique : Construire la confiance, servir la performance », publiée le 31 août 2022 à la demande du Premier ministre du 24 juin 2021², exprime significativement l'étendue de la mission de la plus haute juridiction administrative et les enjeux d'avenir qui y sont associés. S'engager dans l'intelligence artificielle (IA) pour un meilleur service public afin de « conduire une stratégie volontariste et lucide de déploiement de l'intelligence artificielle publique de confiance »³, et « doter la France des ressources et de la gouvernance adaptées à l'ambition »⁴, tels sont les objectifs qui gouvernent les développements de cette réflexion.

Cette étude a pour dessein « la mise en œuvre d'une politique de déploiement de l'intelligence artificielle résolument volontariste, au service de l'intérêt général de la performance publique »⁵ à partir de sept principes de l'intelligence artificielle publique de confiance : la primauté humaine, la performance, l'équité et la non-discrimination, la transparence, la sûreté (cybersécurité), la soutenabilité environnementale et l'autonomie stratégique⁶. Dans son dispositif⁷, l'étude préconise « une transformation profonde

¹ Citation des rédacteurs qui ouvre en introduction avec Pascal, *L'Étude à la demande du Premier ministre « Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance »*, p.360 dont p. 208 de texte et p.152 d'annexes, 31 août 2022 :

[<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/intelligence-artificielle-et-action-publique-construire-la-confiance-servir-la-performance>].

² Étude, *Intelligence artificielle et action publique*, Op. Cit. ; Annexe 1 : Lettre de mission, signée Jean Castex, pp. 211-212.

³ Étude, « Intelligence artificielle et action publique, Construire la confiance, servir la performance », 31 août 2022, synthèse, p.8

⁴ *Ibidem*, synthèse, p.12.

⁵ *Ibidem*, 2,3, p. 84. G. ZIGNANI, L. FERNANDEZ RODRIGUEZ, « Intelligence artificielle : le Conseil d'État veut un déploiement volontariste », *Gazette des Communes*, 9 septembre 2022 :

[<https://www.lagazettedescommunes.com/824261/intelligence-artificielle-le-conseil-detat-veut-un-dploiement-volontariste/>] ; M.C Benoît, « Le Conseil d'État encourage le déploiement d'une IA de confiance au sein des services publics », *Actu LA*, 8 septembre 2022 :

[<https://www.actuia.com/actualite/le-conseil-detat-encourage-le-dploiement-dune-ia-de-confiance-au-sein-des-services-publics/>].

⁶ *Ibidem*, p. 9

⁷ Étude, op. cit., « *Doter la France des ressources et de la gouvernance adaptées à l'ambition* », Chapitre 4, pp.157-203.

de la CNIL » pour en faire l'autorité de contrôle, « responsable de la régulation des systèmes d'IA, notamment publics »⁸ basée sur la confiance et passant par la transparence⁹.

Un style direct, parfois incisif caractérise l'étude des Sages du Conseil d'État¹⁰ et interpelle par sa préconisation pour la régulation de l'IA en proposant de mettre en œuvre une super CNIL¹¹. Le Conseil d'État adoube ainsi l'autorité administrative indépendante, en tant qu'autorité transversale qui englobe et accroît de plus en plus ses territoires quant à la régulation des données personnelles étendues aux données publiques. Ce choix engage la détermination pragmatique d'une régulation bien ordonnée, dotant la première AAI, née de la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978, d'une reconnaissance normative définitivement actée par le Conseil d'État. L'abondante bibliographie des publications, avis, propositions, initiatives institutionnelles, initiés par les autorités françaises à partir de 2017 pour cerner l'IA et ses conséquences¹², traduit l'urgence de traiter son encadrement juridique dans la société numérique.

La CNIL inaugure cette mobilisation institutionnelle dès son rapport d'activité de décembre 2017 sur « les enjeux éthiques des algorithmes et de l'Intelligence artificielle »¹³ qui fait date par sa forme. La CNIL introduit, pour la première fois dans sa méthodologie, les citoyens comme acteurs directs, qui se prononcent sur l'intelligence artificielle aux côtés des experts pour répondre à la question « Comment permettre à l'Homme de garder la main ? »¹⁴. Le Conseil d'État, dans son étude du 31 août 2022 intègre ce rapport pionnier à ses sources.

La CNIL va développer une activité éditoriale qui interagit sur l'étendue des domaines touchant à la protection des données personnelles. Elle se mobilise sur l'IA en éditant à partir de 2020

⁸ R. Karayan, « Le Conseil d'État propose de faire de la CNIL le régulateur de l'intelligence artificielle », *Usine digitale*, 1 Septembre 2022 : [<https://www.usine-digitale.fr/article/le-conseil-d-etat-propose-de-faire-de-la-cnil-le-regulateur-de-l-intelligence-artificielle.N2038447>].

⁹ V. HERMANN, « Le Conseil d'État encourage l'intelligence artificielle dans les administrations », *Nexinpact*, 21 septembre 2022 : [<https://www.nextinpact.com/article/69887/le-conseil-detat-encourage-lintelligence-artificielle-dans-administrations>].

¹⁰ Étude, *Intelligence artificielle et action publique*, op. cit., Annexe 2 : Composition du groupe de travail présidé par Thierry Thuot, p. 213.

¹¹ *Ibidem*, 4^e et dernière partie, pp. 157-203.

¹² Observatoire de l'intelligence artificielle de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, chronologie des principales actions des autorités publiques françaises sur l'intelligence artificielle, 20 juin 2022 :

[<https://observatoire-ia.pantheonsorbonne.fr/actualite/chronologie-principales-actions-autorites-publiques-francaises-lintelligence-artificielle>].

¹³ CNIL, « Comment permettre à l'Homme de garder la main ? » *Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, p.80, 17 décembre 2017 :

[https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf].

¹⁴ Puis, en mars 2018, le rapport présenté par le député Cédric Villani « Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne » aborde successivement différentes facettes de l'IA : politique économique, recherche, emploi, éthique.

un ensemble de ressources publié le 5 avril 2022, constamment mis à jour, permettant de construire « une stratégie européenne visant à stimuler l'excellence dans le domaine de l'intelligence artificielle, ainsi que des règles destinées à garantir la fiabilité de ces technologies. Il s'agit en particulier d'élaborer un cadre réglementaire solide pour l'IA fondé sur les droits de l'Homme et les valeurs fondamentales et ainsi instaurer la confiance des citoyens européens »¹⁵. On retrouve ici le principe de « l'éthique éclairée du droit » déjà acté dans le rapport de la CNIL de 2017¹⁶ qui va commander chacune des réflexions engagées dans le domaine de l'intelligence artificielle en mouvement. Le Conseil d'État prend position pour une proposition nationale inscrite dans le contexte du prochain règlement de l'Union européenne sur l'IA¹⁷.

L'étude éclaire et investit ce que représente ce « processus d'imitation de l'intelligence humaine qui repose sur la création et l'application d'algorithmes »¹⁸. Le terme d'étude est ici privilégié plutôt que celui de rapport. Il s'agit bien d'un travail passé au scanner de tout ce qu'inclut l'IA pour réussir la régulation la plus adaptée à l'environnement juridique en question : « 1_ Construire un langage commun et intelligible de l'intelligence artificielle, 2_ Accélérer le déploiement des systèmes d'IA publics pour en exploiter pleinement le potentiel, 3_ Définir et mettre en œuvre les principes et méthodes de l'IA publique de confiance, 4_ Doter la France des ressources et de la gouvernance adaptées à l'ambition »¹⁹.

La notion d'IA est polysémique, il n'existe pas une définition unique de l'IA. L'étude retient la nomenclature SIA, systèmes d'IA, et l'explique dans sa synthèse : « La très forte charge symbolique de l'expression « intelligence artificielle », ainsi que l'absence de définition partagée et de consensus sur le contenu même de la notion, contribuent puissamment à la confusion et compliquent l'examen rationnel des avantages et des inconvénients de ce qui est, d'abord et avant tout, un ensemble d'outils numériques au service de l'humain, qu'on peut regrouper

¹⁵La CNIL publie un ensemble de ressources pour le grand public et les professionnels, 5 avril 2022, [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle/la-cnil-publique-ressources-grand-public-professionnels>]. [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle-ia>].

¹⁶ « Comment permettre à l'Homme de garder la main ? », Op. Cit., p.24.

¹⁷ Proposition de règlement du Parlement européen - EUR-Lex, La proposition se fonde sur les valeurs de l'UE et les droits fondamentaux, [...] après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux, 21 avril 2021, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/TEXT/HTML>].

¹⁸ L'intelligence artificielle se définit actuellement de manière consensuelle comme « l'ensemble de théories et de techniques mises en œuvre en vue de réaliser des machines capables de simuler l'intelligence (Larousse), in T. Casutto, *Droit et intelligence artificielle*, 14 mars 2018, [<https://www.dalloz-actualite.fr/chronique/droit-et-intelligence-artificielle>].

¹⁹ S'engager dans l'Intelligence artificielle pour un meilleur service public, Observatoire de l'IA de Paris 1, « IA et action publique : construire la confiance, servir la performance », Étude à la demande du Premier ministre, 14 septembre 2022, [<https://observatoire-ia.pantheonsorbonne.fr/actualite/ia-et-action-publique-construire-confiance-servir-performance-etude-demande-premier>].

sous le vocable de « systèmes d'IA » (SIA)²⁰. Tous les domaines de l'action publique sont concernés par l'IA. La cartographie établie, intégrant l'administration, l'État, les collectivités territoriales, les hôpitaux, ou encore des AAI distingue cinq grandes familles de son usage²¹. La CNIL en a fait des objets de surveillance pour assurer la protection des données personnelles dans le respect du RGPD.

Le Conseil d'État, détaille la manière dont le service public peut être amélioré grâce à l'IA. L'étude le démontre, l'IA est un accélérateur de progrès en même temps qu'un remède nécessaire²² pour corriger les biais de l'administration publique. Elle conduit à une simplification obligée²³. Il s'agit de parvenir à un déploiement de l'IA dans les conditions d'une régulation réussie qu'il s'agisse des institutions et des citoyens, des juristes, des techniciens comme des différents acteurs professionnels. La publication de l'étude s'inscrit dans l'actualité juridique du projet de règlement sur l'IA de la Commission européenne du 21 avril 2021 visant à introduire pour la première fois des règles contraignantes adaptées aux systèmes d'intelligence artificielle (SIA). L'AI Act (Artificial Intelligence Act) cherche à encadrer l'IA « de façon à la rendre digne de confiance, centrée sur l'humain, éthique, durable et inclusive »²⁴.

Le Conseil d'État, à l'issue de son travail, désigne la CNIL comme autorité nationale de contrôle des systèmes d'IA, en charge de l'application du règlement européen sur l'IA.²⁵ Cette consécration de la CNIL française annonce par là-même l'évolution obligée de l'AAI pour déployer une régulation à dimension européenne. Dans une première partie, il s'agit d'analyser les enjeux d'une

²⁰ *Ibidem*, p.5.

²¹ O. DUFOUR, « Le Conseil d'État dessine le profil d'une « IA de confiance » dans le service public », *Actu-Juridique Lextenso*, 30/08/2022, 1_automatisation de tâches répétitives, par exemple classement des mails, pseudonymisation des décisions de justice ; 2_amélioration de la relation à l'usager par l'automatisation du langage (chat bot) ; 3_aide à la décision publique : simulation de l'évolution des nappes phréatiques, anticipation des sollicitations des pompiers dans le Doubs, niveau de fréquentation des urgences pour adapter les équipes etc. 4_contrôle : détection de la fraude fiscale ; 5_robotique : chirurgie, drones... :

<https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/le-conseil-detat-dessine-le-profil-dune-ia-de-confiance-dans-le-service-public/>.

²² *Ibidem*

²³ V. HERMANN, op.cit. « [...] Le rapport évoque la nécessité d'un langage commun, aussi bien que des objectifs à fixer et de la nécessaire confiance à bâtir. », *Nextinimpact*, 21 septembre 2022 :

[<https://www.nextinimpact.com/article/69887/le-conseil-detat-encourage-lintelligence-artificielle-dans-administrations>].

²⁴ Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'Intelligence artificielle et modifiant certains actes législatifs de l'Union, p.118, 21 avril 2022 :

[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF].

²⁵ R. KARAYAN, « Le Conseil d'État propose de faire de la Cnil le régulateur de l'intelligence artificielle », *L'Usine digitale*, 1^{er} septembre 2022 :

[<https://www.usine-digitale.fr/article/le-conseil-d-etat-propose-de-faire-de-la-cnil-le-regulateur-de-l-intelligence-artificielle.N2038447>].

réflexion publique sur l'IA, en considérant, l'influence du Conseil d'État sur l'évolution de la CNIL. Il convient d'explorer le champ de compétences de la CNIL intégré à la réflexion normative du Conseil d'État (A), et de déterminer en quoi pour le Conseil d'État et la CNIL, l'IA est un objet juridique d'actualité (B). La deuxième partie s'attache à motiver les perspectives d'une régulation de l'IA en orientant le choix de la CNIL comme autorité désignée par le Conseil d'État dans le souci d'une volonté de simplification du Conseil d'État dans la régulation de l'IA (A), à condition qu'elle opère une réforme nécessaire par le double enjeu du partage de données et de l'innovation (B).

§ 1 – LES ENJEUX D'UNE RÉFLEXION PUBLIQUE SUR L'IA : L'INFLUENCE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR L'ÉVOLUTION DE LA CNIL

Les rapports entre le Conseil d'État et la CNIL, première autorité de contrôle instituée par la loi Informatique et Libertés de 1978, régulièrement mise à jour, connaissent une évolution majeure depuis le règlement général sur la protection des données (RGPD). Une évolution notoire entérine les rapports entre Conseil d'État et CNIL stimulés depuis le RGPD (1), que le Conseil d'État confirme par sa reconnaissance de l'entrée de l'AAI dans le droit positif et valide une effectivité consacrée pour la CNIL par un pouvoir de sanction (2). La lecture des avis émis par le Conseil d'État et la CNIL rend compte des échanges qu'ils entretiennent, notamment d'un point de vue normatif, articulant les étapes de l'avancée du droit souple au regard du droit dur.

A) Le champ de compétences de la CNIL intégré à la réflexion normative du Conseil d'État

Le RGPD, du 27 avril 2016²⁶ et son adaptation nationale, entré en application en France le 25 mai 2018, promulgué le 20 juin 2018²⁷, mis en conformité du droit national par l'ordonnance du 12 décembre 2018²⁸, est venu imposer et aménager la réglementation de l'espace autorisé du droit de la protection des données personnelles. Avant transmission au Parlement, le Conseil d'État et la CNIL ont émis leur avis sur le projet de loi afin de relever ce que le nouveau règlement introduisait dans la législation française.

²⁶ Règlement UE n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil, 27 avril 2016, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679].

²⁷ Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale le 14 mai 2018 est soumis le 16 mai par plus de 60 sénateurs au Conseil Constitutionnel. Le 20 juin 2022, la nouvelle loi est promulguée. *Loi relative à la protection des données personnelles*, n° 2018-493, 20 juin 2018 : [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037085952].

²⁸ *Ordonnance prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel*, n°2018-1125, 12 décembre 2018 : [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000037800506].

1) *Les rapports entre Conseil d'État et CNIL stimulés depuis le RGPD*

Le Conseil d'État et la CNIL connaissent une évolution sensible dans leurs relations depuis le RGPD. On peut le constater dans les avis qu'ils vont rendre lors du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale le 14 mai 2018.

L'avis du Conseil d'État du 7 décembre 2017 « sur le projet de loi d'adaptation au droit de l'UE de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »²⁹ constitue une première étape de l'évolution vers un nouvel ordre juridique qu'il instruit envers la CNIL. Cet avis entérine le nouveau rôle de la CNIL. Il insiste sur deux aspects majeurs introduits par le règlement (UE) 2016/ 679 et la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen comme l'analyse Jean Harivel à travers les avis que chacun émet sur le projet de loi d'adaptation³⁰.

En premier lieu, la CNIL, autorité de contrôle, arrête les bonnes pratiques et vérifie leur effectivité. Le responsable de traitement devient le pivot du respect de la protection des données personnelles par son analyse et le dispositif engagé pour ce faire³¹. Il a désormais, via le délégué à la protection des données (DPO), la responsabilité de l'évaluation des risques d'atteinte aux libertés et droits fondamentaux. Le second point de l'affirmation de la reconnaissance du Conseil d'État envers la CNIL porte sur la « compétence matérielle et territoriale clarifiée et l'exercice de leurs pouvoirs articulé »³².

Le Conseil d'État analyse les deux circonstances d'intervention de la CNIL, celle où « le responsable du traitement est établi sur son territoire national [...], soit la personne que le traitement concerne est son territoire ». S'il y a un conflit de compétences, seule l'autorité du chef de file est habilitée à exercer le contrôle du traitement³³. Le Conseil d'État, acte à la fois, le changement de paradigme et la responsabilité « territorialement étendue » des autorités de contrôle. L'avis établit encore, que si le droit interne des États doit pouvoir s'exercer, il reconnaît pleinement à la

²⁹ C.E., Ass., 7 décembre 2017, « Avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés » :

[<https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/adaptation-au-droit-de-l-union-europeenne-de-la-loi-n-78-17-du-6-janvier-1978-relative-a-l-informatique-aux-fichiers-et-aux-libertes>] ;

C.E., 13 décembre 2017, « Avis consultatif sur adaptation de la loi », [<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/dernieres-decisions/conseil-d-etat-13-decembre-2017-m.-b>].

³⁰ J. HARIVEL, « Les avis du Conseil d'État et de la CNIL sur la loi du 20 juin 2018 adaptant la législation française au RGPD, International Journal of Open Governments [2019 – Vol 5] », [<https://core.ac.uk/download/pdf/235040354.pdf>].

³¹ *Ibidem*, pp. 114- 115.

³² *Ibidem*, p. 115.

³³ *Ibidem*, p. 116.

CNIL l'intégration du droit souple par l'adoption de règles claires et rigoureuses³⁴.

L'avis de la CNIL du 30 novembre 2017 portant sur le projet de loi d'adaptation au droit de l'UE³⁵ pose le changement de paradigme de son cadre juridique depuis le RGPD, notamment comme l'a signifié le Conseil d'État, par la substitution du régime déclaratif des formalités préalables à la responsabilité directe des responsables de traitement et sous-traitants³⁶. De plus, de nouveaux droits, tels la portabilité des données, le droit à l'oubli pour les mineurs renforcent le droit de la protection des personnes, ou encore l'harmonisation de l'application du règlement lorsqu'il concerne des traitements de données transnationaux³⁷. Avec le RGPD, la CNIL a surtout acquis le pouvoir juridictionnel de sanctions³⁸. Elle franchit désormais la frontière du seul droit souple en pénétrant le droit dur assorti d'une force obligatoire dont le respect peut être imposé par contrainte, ce que lui reconnaît de plein droit le Conseil d'État dans l'avis du 7 décembre 2017.

La CNIL introduit son avis sur le projet de loi dans le sens du Conseil d'État, tout en se démarquant sur trois points limitant la portée du projet de loi : le calendrier, le défaut de lisibilité et l'occasion manquée de réexaminer le droit des données personnelles dans son ensemble³⁹. Elle regrette les différences existant dans les articles du projet de loi, entre le règlement et les articles transposant la directive, les articles du règlement lui étant préférés⁴⁰. La CNIL se plaint de son manque d'autonomie juridique et institutionnelle. Elle déplore, notamment, son manque d'autonomie juridique pour établir des modèles de règlement pour les traitements administratifs, et de devoir passer par le Premier ministre pour participer aux instances européennes et internationales en matière de protection des données, créant

³⁴ J. HARIVEL, op. Cit., note 11 p. 115, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple* :

[<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000280-etude-annuelle2013-du-conseil-d-etat-le-droit-souple>].

³⁵ CNIL, *Délibération n° 2017-299 du 30 novembre 2017 portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n°78-17 du janvier 1978 (demande d'avis n°17023753)*, pdf, p. 40 :

[https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/projet_davis_cnil.pdf].

³⁶ J. HARIVEL, op. Cit., p.114.

³⁷ CNIL, *Délibération n° 2017-299*, op. Cit. Articles 10 et 22, pp. 17-19, et Articles 11 et 22 pp. 19-20. J. Harivel, op. Cit., p.116.

³⁸ CNIL, *Délibération n° 2017-299, p. 3* (jusqu'à 20 millions d'euros ou 4% du CA annuel d'une entreprise).

³⁹ CNIL, *Délibération n° 2017-299*, op. Cit., pp.3, 4, 5. Tout d'abord, le peu de temps dont a disposé la CNIL pour examiner le projet de loi : « En premier lieu, la Commission regrette le calendrier retenu pour l'adaptation du droit français. ». Cette dernière a été saisie du projet de loi le 17 novembre 2017, 6 mois avant l'adoption définitive par l'Assemblée nationale (application 25 mai 2018, promulguée le 20 juin 2018).

⁴⁰ CNIL, *Délibération 2017-299*, op. Cit., pp. 4 et 5. Voir aussi le titre III, articles 20, 22, 28 pp. 30-37. La CNIL insiste encore sur le retard existant entre l'application du Règlement (26 mai 2018), et l'entrée en vigueur de la loi le 20 décembre 2018 (après publication de la décision du Conseil constitutionnel, J. HARIVEL, Op. Cit., p.117).

ainsi un décalage de réactivité et une gêne quant à son indépendance⁴¹. La CNIL se plaint encore de ne pouvoir saisir le Comité européen de la protection des données en cas de désaccords entre autorités nationales⁴².

Plus remarquable encore, elle exprime des observations marquant parfois une certaine défiance par rapport au Conseil d'État, cette « frustration »⁴³ pointe aussi les insuffisances du droit de la protection des données personnelles dans le domaine des administrations publiques. On peut y voir une anticipation des remarques faites dans l'étude du Conseil d'État du 31 août 2022. L'avis de la CNIL de 2017 insiste sur les manquements dus aux traitements des données administratives. En effet, le règlement apporte des avancées notoires pour la protection des données personnelles concernant les traitements réalisés par les entreprises privées. Mais la loi qui transpose la directive (UE) 2016 / 680 demeure insuffisante en ce qui concerne les traitements administratifs de données⁴⁴, et par extension les traitements de données publiques liées à l'intelligence artificielle.

2) Une effectivité consacrée pour la CNIL par un pouvoir de sanction

Le RGPD fait définitivement entrer la CNIL dans l'exercice du pouvoir juridictionnel en lui attribuant le pouvoir de sanction, ce qui va être déterminant dans l'évolution du Conseil d'État vis-à-vis de l'AAI cantonnée jusqu'alors aux seules recommandations du droit souple. Désormais, les infractions au RGPD⁴⁵ sont passibles de décisions plus ou moins sévères selon leur niveau.

La formation restreinte de la CNIL peut prononcer, après une procédure contradictoire, une ou plusieurs des sept mesures⁴⁶, allant du rappel à l'ordre à l'amende administrative pouvant s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires annuel mondial. La formation restreinte peut aussi décider de rendre publique la décision qu'elle adopte. Elle peut également ordonner l'insertion, aux frais des organismes sanctionnés, de la

⁴¹ CNIL, *Délibération 2017-299*, op. Cit., p.7.

⁴² CNIL, *Délibération 2017-299*, op. cit., pp. 9-10.

⁴³ Ainsi qualifiée par J. HARIVEL, op.cit., p. 116.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 119.

⁴⁵ Les sanctions prononcées par la CNIL :

[<https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/sanctions-quelles-sanctions-peuvent-etre-prononcees-par-la-cnil>].

⁴⁶ Sanctions : quelles sanctions peuvent être prononcées par la CNIL ? Les sept mesures : un rappel à l'ordre, une injonction de se mettre en conformité. Cette injonction peut être assortie d'une astreinte dont le montant ne peut excéder 100 000 euros par jour de retard, une limitation temporaire ou définitive du traitement, son interdiction ou le retrait d'une autorisation, le retrait d'une certification, la suspension des flux de données adressées à un destinataire situé dans un pays tiers ou à une organisation internationale, une suspension partielle ou totale de la décision d'approbation des règles d'entreprise contraignantes (BCR), une amende administrative ne pouvant excéder 10 millions d'euros ou 2% du chiffre d'affaire annuel mondial de la société. Pour les manquements les plus graves, ce montant peut s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires annuel mondial.

décision dans des publications, journaux et supports qu'elle désigne. Il existe désormais une procédure de sanction simplifiée depuis le 24 janvier puis 8 avril 2022 pour des dossiers peu complexes ou de faible gravité⁴⁷, ce qui confirme l'augmentation notoire des dossiers à traiter⁴⁸.

Des sanctions pénales sont applicables selon les articles 40 et 41 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée⁴⁹. Le chapitre VIII du RGPD, « Voies de recours, responsabilité et sanctions », détaille l'ensemble des huit cas de procédures envisagées par le RGPD, les différents recours, ainsi que l'article 83 sur les conditions générales pour imposer des amendes administratives, l'article 84 étant consacré aux sanctions⁵⁰. L'affaire Google conforte l'effectivité du pouvoir de sanction de la CNIL reconnue par le Conseil d'État en ces termes : « Le Conseil d'État rejette la demande de Google d'annuler la sanction qui lui a été infligée par la CNIL »⁵¹. Cet arrêt du Conseil d'État instruit bien l'entrée définitive de l'AAI dans le droit dur et son caractère obligatoire et contraignant. Il confirme le 27 janvier 2022 les deux amendes d'un montant de 100 millions d'euros que la CNIL avait prononcées contre Google le 7 décembre 2020⁵². Ainsi « Le Conseil d'État retient que Google n'a pas respecté ses obligations en matière de recueil du consentement de ses utilisateurs pour le dépôt des cookies. Il juge que les amendes infligées par la CNIL ne sont pas disproportionnées pour Google, compte tenu notamment des bénéfices importants produits par les cookies publicitaires »⁵³. Il met en avant la compétence de la CNIL : « Le Conseil d'État confirme aujourd'hui dans sa décision la compétence de la CNIL pour intervenir, ainsi que les constats qu'elle a faits : absence d'information claire et complète des

⁴⁷ [<https://www.cnil.fr/fr/reforme-des-procedures-correctrices-de-la-cnil-vers-une-action-repressive-simplifiee>].

⁴⁸ [<https://www.cnil.fr/fr/bilan-sanctions-mises-en-demeure-2021>].

⁴⁹ (Chapitre VI - Dispositions pénales) ainsi que Section 5 - Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques (mentionnés par 15 articles), code pénal partie réglementaire : Section 6 - Des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques (4 articles).

⁵⁰ [<https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre8>].

Chapitre VIII Voies de recours, responsabilité et sanctions, Article 78 - Droit à un recours juridictionnel effectif contre une autorité de contrôle, Article 79 - Droit à un recours juridictionnel effectif contre un responsable du traitement ou un sous-traitant, Article 80 - Représentation des personnes concernées, Article 81 - Suspension d'une action, Article 82 - Droit à réparation et responsabilité, Article 83 - Conditions générales pour imposer des amendes administratives, Article 84 – Sanctions.

⁵¹ C.E., 19 juin 2020, « RGPD : Le Conseil d'État rejette le recours dirigé contre la sanction de 50 millions d'euros infligée à Google par la CNIL », [<https://www.conseil-etat.fr/actualites/rgpd-le-conseil-d-etat-rejette-le-recours-dirige-contre-la-sanction-de-50-millions-d-euros-infligee-a-google-par-la-cnil>].

⁵² Délibération SAN-2020-012 du 7 décembre 2020.

⁵³ C.E., 27 janvier 2022, « Cookies publicitaires, Google définitivement condamné à payer 100 millions d'euros » :

[<https://www.conseil-etat.fr/actualites/cookies-publicitaires-google-definitivement-condamne-a-payer-100-millions-d-euros>].

utilisateurs, défaut de recueil préalable de leur consentement et mécanisme défaillant d'opposition aux cookies publicitaires »⁵⁴.

B) Le Conseil d'État, la CNIL et l'intelligence artificielle : un objet juridique d'actualité

L'IA est très présente dans l'actualité juridique. Le 21 avril 2021, la Commission européenne a rendu public son projet de réglementation sur l'IA, l'AI Act (*Artificial Intelligence Act*), « cette initiative vise à encadrer l'IA de façon à la rendre digne de confiance, centrée sur l'humain, éthique, durable, inclusive »⁵⁵. Le Conseil d'État met à l'ordre du jour dans l'étude du 31 août 2022, son analyse et sa proposition sur la régulation de l'intelligence artificielle en vue de la future réglementation (1). Pour la CNIL, l'IA s'inscrit de fait dans sa mission permanente de protection des données personnelles (2).

1) Le Conseil d'État et l'intelligence artificielle : une réflexion initiée à l'aune d'un projet de réglementation européen

Le Conseil d'État s'est emparé très en amont des questions d'IA, en publiant dès le 30 novembre 1997, « Internet et les réseaux numériques »⁵⁶, étude co-dirigée par Jean-François Théry et Isabelle Falque-Pierrotin qui deviendra présidente de la CNIL et à qui l'on doit l'initiative d'un rapport historique et fondateur sur l'IA.

Plusieurs publications suivent abordant différentes facettes de la réflexion du numérique en résonance avec l'IA et les impacts qu'elle génère : le 8 septembre 2014, « Le numérique et les droits fondamentaux, 50 propositions du Conseil d'État pour mettre le numérique au service des droits individuels et de l'intérêt général »⁵⁷, puis, le 8 septembre 2017 « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » »⁵⁸,

⁵⁴ « En effet, le contrôle effectué par la CNIL en mars 2020 a établi que 7 cookies étaient automatiquement installés sur les ordinateurs des utilisateurs dès leur arrivée sur le site, dont 4 qui n'avaient qu'une finalité publicitaire. Durant la procédure de contrôle effectuée par la CNIL, Google a modifié ses pratiques en août 2020, mais a continué à ne pas informer directement et explicitement l'utilisateur sur les finalités de ses cookies et les moyens de s'y opposer. Le Conseil d'État observe que le montant des amendes infligées par la CNIL n'excède pas la limite fixée par la loi informatique et libertés (Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés). Et qu'au vu des bénéfices importants produits par les données collectées au moyen de cookies publicitaires, mais aussi de la position de Google en France (+ de 90 % de parts de marché soit 47 millions d'utilisateurs environ), ces amendes ne sont pas disproportionnées ».

⁵⁵ *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'Intelligence artificielle et modifiant certains actes législatifs de l'Union* : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206].

⁵⁶ [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/internet-et-les-reseaux-numeriques].

⁵⁷ [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-numerique-et-les-droits-fondamentaux].

⁵⁸ [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/puissance-publique-et-plateformes-numeriques-accompagner-l-uberisation].

présente l'étude avec gravité : « Depuis peu, les nouvelles technologies ne se contentent plus seulement d'accélérer notre vie ; elles la changent ». Il s'agit d'analyser « de manière globale les transformations du monde que révèlent les plateformes numériques ». Jean Marc Sauvé, avertit en avant-propos : « Par la présente étude, le Conseil d'État entend prendre la mesure des mutations engendrées par ce phénomène pour mieux le comprendre, mais aussi le sécuriser »⁵⁹. Le Conseil d'État poursuit ainsi « sa réflexion sur l'évolution des politiques publiques du numérique, en s'attachant cette fois-ci à l'ébranlement des économies et des modèles sociaux traditionnels qui est en cours »⁶⁰.

Ce 31 août 2022, le Conseil d'État construit une nouvelle étape par son étude sur l'IA au service de l'action publique et la CNIL, proposée comme régulateur de l'IA, avec pour objectif de construire la confiance, et de servir la performance :

« Si l'intelligence artificielle suscite encore des craintes souvent exagérées, elle connaît des avancées technologiques spectaculaires, permettant d'assister l'humain dans des tâches impossibles à réaliser jusque-là. En appui des administrations, son utilisation pourrait améliorer concrètement la qualité du service public rendu aux citoyens [...] Le Conseil d'État [...] plaide pour la conduite d'une stratégie de l'IA résolument ambitieuse et au service de la performance publique. Une stratégie qui, comme le recommande le Conseil d'État, devra créer les conditions de la confiance et doter la France des ressources et de la gouvernance à la hauteur de ses ambitions »⁶¹.

L'ère numérique et avec elle l'IA risquent d'affecter les droits fondamentaux nécessitant de repenser le droit. Hormis les études et les rapports du Conseil d'État, ses membres s'expriment au nom de leur préservation pour laquelle la nécessité d'une évolution du droit s'impose. Dans son discours du 12 décembre 2017 « La protection des droits fondamentaux à l'ère du numérique », Jean-Marie Sauvé, vice-président du Conseil d'État à cette date, l'énonce en ces termes : « La protection des droits fondamentaux suppose, par conséquent, de repenser le régime juridique de l'usage des technologies numériques »⁶². Trois orientations, selon lui, sont à développer. En premier lieu, les enjeux liés à l'exercice des droits fondamentaux doivent faire l'objet d'une réponse supranationale ; en deuxième lieu, une

⁵⁹ Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation, p.190, p.7, [EA17_CE_ubérisation_DILA_étude complète (7).pdf].

⁶⁰ Étude du Conseil d'État, puissance publique, op. cit., Présentation.

⁶¹ Remise du Prix Varenne :

[<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/intelligence-artificielle-et-action-publique-construire-la-confiance-servir-la-performance>].

⁶² [<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-protection-des-droits-fondamentaux-a-l-ere-du-numerique>].

meilleure protection des droits fondamentaux implique une définition précise des responsabilités des différents acteurs concernés et de nouvelles méthodes de régulation ; en troisième lieu, il est nécessaire de définir un cadre juridique adapté au numérique pour assurer en même temps la protection de tous les droits fondamentaux et la satisfaction des intérêts privés ou publics en cause⁶³.

Le 18 décembre 2020, Bruno Lasserre, alors vice-président du Conseil d'État, devenu président de la CADA le 1^{er} septembre 2022, avance dans son discours d'ouverture du colloque « De nouvelles frontières pour le juge administratif »⁶⁴, la nécessité de repousser les frontières du juge administratif comme un signe de garantie d'une meilleure préservation des droits fondamentaux où l'IA représente une préoccupation urgente. Il pose la question de la place du juge administratif et de ses moyens d'action pour s'adapter à « l'évolution des modes d'action de l'administration ou d'utiliser plus efficacement ses instruments afin de garantir l'efficacité de son action ». Il rappelle que « le Conseil d'État a choisi de ne pas s'enfermer dans une grille de contrôle uniforme pour apprécier la légalité des actes de droit souple, qui brillent par leur diversité ». Bruno Lasserre analyse les conséquences pour le juge administratif de « repousser ses frontières », signe selon lui « d'un approfondissement de l'État de droit, de décisions de justice plus fines, plus concrètes et d'une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux », tout en retenant les risques et défis que le juge doit affronter en conscience de ses propres limites. Cette réflexion globale intègre alors l'acuité de la formation et du recrutement des juges pour « certains contentieux, comme ceux des algorithmes et de l'intelligence artificielle » et pose désormais la question des ajustements dans la politique de recrutement comme l'internalisation de l'expertise.

Cette dernière interrogation aborde déjà les préconisations que l'on retrouvera dans l'étude du 31 août 2022 sur les conditions d'une « super CNIL ». Et le Conseil d'État de rappeler dans la concertation citoyenne organisée par la CNIL en 2017 sur les enjeux éthiques liés à la place des algorithmes dans notre vie quotidienne, que, si les algorithmes ne suscitent pas alors l'hostilité à priori, en revanche les citoyens du panel attachent « une très grande importance aux garanties entourant leur développement »⁶⁵. Mais l'objectif principal de l'étude du 31 août 2022 réside dans la forme juridique que peut prendre la mise en

⁶³ J-M SAUVÉ, « *La protection des droits fondamentaux à l'ère du numérique* », Discours, 12 décembre 2017 :

[<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-protection-des-droits-fondamentaux-a-l-ere-du-numerique>].

⁶⁴ Les entretiens du contentieux du Conseil d'État, « De nouvelles frontières pour le juge administratif », 18 décembre 2020, [<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/de-nouvelles-frontieres-pour-le-juge-administratif-par-bruno-lasserre-vice-president-du-conseil-d-etat>].

⁶⁵ Étude Conseil d'État du 31 août 2022, op. cit. p.48.

œuvre de la régulation du futur règlement européen de l'IA⁶⁶. Le Conseil d'État rappelle qu'en amont de l'AIA, la Commission a publié le 19 février 2020, son Livre blanc intitulé *Intelligence artificielle – Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*⁶⁷ avec le double objectif de promouvoir d'une part l'adoption de l'IA tout en tenant compte des risques qui y sont associés, d'autre part de proposer « un cadre juridique pour une IA digne de confiance » afin que l'IA soit « un outil qui devrait se mettre au service des personnes et constituer une force positive pour la société afin d'accroître, en définitive, le bien-être de l'être humain ».

L'IA au service de l'administration publique n'apparaît pas encore comme un objectif prioritaire. La technologie doit être « utilisée d'une façon sûre et conforme à la loi, notamment en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux »⁶⁸. La Commission européenne préconise pour le contrôle de l'application des règles « un système de gouvernance au niveau des États membres reposant sur des structures déjà existantes, ainsi que d'un mécanisme de coopération au niveau de l'Union accompagnant la création d'un Comité européen de l'intelligence artificielle ». Il s'agit donc de créer en coordination avec des structures nationales existantes, un Comité européen de l'intelligence artificielle.

Ce à quoi, dans son étude, le Conseil d'État oppose de recourir à une structure de coordination qui remplit déjà ces fonctions et assure la garantie de la protection des droits fondamentaux par la surveillance des données personnelles, en l'occurrence la CNIL. Cette préconisation des Sages permet d'éviter « l'inflation » juridique, et de contrôler l'inflation normative. Ils se distinguent ainsi de la Commission en faisant l'économie d'une nouvelle structure de régulation coûteuse et selon lui inutile du fait de l'existence de la CNIL qui réunit les conditions de cette évolution. D'autre part, les innovations engendrées par l'IA sont directement liées à *L'acte sur la gouvernance des données*⁶⁹ du 16 mai 2022, qui

⁶⁶ « La présente proposition répond à des demandes explicites du Parlement européen et du Conseil européen ».

⁶⁷ Livre blanc, *Intelligence artificielle, Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*, 2 février 2020 :
[<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065>].

⁶⁸ « Dans ce contexte politique, la Commission présente la proposition de cadre réglementaire relatif à l'IA dont les objectifs spécifiques sont les suivants : veiller à ce que les systèmes d'IA mis sur le marché de l'Union et utilisés soient sûrs et respectent la législation en vigueur en matière de droits fondamentaux et les valeurs de l'Union, garantir la sécurité juridique pour faciliter les investissements et l'innovation dans le domaine de l'IA, renforcer la gouvernance et l'application effective de la législation existante en matière de droits fondamentaux et des exigences de sécurité applicables aux systèmes d'IA, faciliter le développement d'un marché unique pour des applications d'IA légales, sûres et dignes de confiance, et empêcher la fragmentation du marché ».

⁶⁹ *Règlement du Parlement européen et du Conseil portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724*, pdf, p.140, 4 mai 2022 :

[<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-85-2021-INI/fr/pdf>],
[<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/05/16/le-conseil-approuve-l-acte-sur-la-gouvernance-des-donnees/>].

permet une disponibilité plus étendue des données ouvertes du secteur public que le futur Comité européen de l'innovation sera chargé de piloter dans le sens d'une gouvernance appropriée pour adapter les enjeux auxquels les SIA participent. La directive concernant les données ouvertes fait partie d'un ensemble de mesures destinées à renforcer l'économie des données de l'Union européenne (UE), dont le développement de l'intelligence artificielle⁷⁰. En effet, « le partage et la mise en commun des données essentielles au développement de modèles d'IA fondés sur les données de haute qualité » s'inscrivent dans le cadre de la stratégie de l'UE pour les données.

L'analyse du Conseil d'État s'éloigne de la proposition de la Commission de créer une nouvelle structure de régulation. Il vise, certes, l'intégration de la CNIL dans un souci d'économie, mais encore, il considère que la coordination des mesures liées à la régulation de l'intelligence artificielle, à l'aube du projet de régulation de l'IA dans l'UE n'en sera que plus efficace.

2) La CNIL et l'IA : une réflexion déjà consignée dans son étude du 5 avril 2022

En 2016 déjà, le secrétaire général de la CNIL, Edouard Geffray, publiait un article dans *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, *Droits fondamentaux et innovation, quelle régulation pour l'ère numérique*, déclarant, en citant Isabelle Falque Pierrotin⁷¹, la CNIL comme régulateur « la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), en tant qu'autorité de contrôle et de régulation chargée de la protection des données personnelles, est évidemment au cœur de ces évolutions de société et de la régulation du monde numérique [...] À ce titre, elle est chargée de faire vivre et respecter le cadre juridique constitutionnel, européen et législatif, et de le décliner aux acteurs de l'innovation. Émerge ainsi un nouveau type de régulation, fondée à la fois sur des principes constitutionnels et européens, des modes d'intervention du régulateur innovants et la responsabilisation des acteurs »⁷². Des prémices de l'étude du Conseil d'État du 31 août 2022 figurent bien, six années plus tôt, dans ce texte initié par la CNIL.

⁷⁰ Aussi appelée « directive données ouvertes », elle refond la directive 2003/98/CE en l'abrogeant à compter du 17 juillet 2021

⁷¹ I.FALQUE PIERROTIN, alors présidente de la CNIL, citée note 2 par E. GEFFRAY, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 36, Dossier : La liberté d'expression et de communication, Juin 2012, *La Constitution et l'Internet*, mai 2012, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-constitution-et-l-internet>].

⁷² E. GEFFRAY, *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* N° 52, Dossier : La Constitution et l'innovation, Juin 2016, p. 7 à 16, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/droits-fondamentaux-et-innovation-quelle-regulation-a-l-ere-numerique#:~:text=En%20posant%20le%20principe%20d,cadre%20d%C3%A9fini%20par%20le%20l%C3%A9gislateur>].

En décembre 2017, alors que la CNIL publie son avis sur le projet de loi relatif à la protection des données personnelles le 13 décembre, elle instruit sa doctrine dans le rapport annuel sur l'IA, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*⁷³, au sous-titre révélateur *Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la Loi Pour une République numérique*. Ce rapport innovant est directement issu de la mission attribuée l'année précédente par la Loi pour une République numérique⁷⁴ de conduire une réflexion sur les enjeux éthiques et de société soulevés par les nouvelles technologies. La CNIL a annoncé, le 23 janvier 2017, le thème des algorithmes et de l'IA réunissant des tables-rondes d'experts. Parallèlement, le 14 octobre 2017, elle organise une concertation citoyenne à Montpellier. Les experts ne sont plus les seuls rédacteurs, un groupe de quarante citoyens, réunis pour évaluer l'IA dont les résultats sont finalisés à partir d'un questionnaire, participe à cette première étude novatrice de la CNIL. La CNIL intègre son action opérationnelle au débat public auprès des citoyens.

Le rapport établit deux principes fondateurs pour une IA au service de l'homme, loyauté et vigilance, ainsi que six recommandations opérationnelles à déployer tant envers les pouvoirs publics que pour les différentes composantes de la société civile⁷⁵. Six « grandes » problématiques essentielles sont avancées pour relever le défi éthique que pose l'introduction des technologies et de l'IA. La CNIL entreprend ainsi selon ses termes « une démarche innovante au service de l'élaboration d'une réflexion éthique collective et pluraliste ». Elle veut engager et protéger « l'éthique, éclairceuse du droit », « l'autonomie humaine au défi de l'autonomie des machines », analyser les « biais, discriminations et exclusion », éviter la « fragmentation algorithmique », privilégier « la personnalisation contre les logiques collectives », et réussir « l'identité humaine au défi de l'intelligence artificielle »⁷⁶ à partir des deux principes de loyauté et vigilance, portés par les citoyens⁷⁷. L'AAI intègre directement les citoyens au cœur de cette « démarche innovante au service de l'élaboration d'une réflexion pluraliste, collective et éthique »⁷⁸, ricochant directement sur le droit et la protection des données personnelles.

⁷³CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ?* Op. Cit., [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf].

⁷⁴Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique : [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746].

⁷⁵ *Comment permettre à l'Homme de garder la main ?* Op. Cit., pp. 48-50, p. 54, pp. 56-60.

⁷⁶ Rapport CNIL, *Gardons la main*, op. Cit, « Les enjeux éthiques », pp. 25-41.

⁷⁷ *Ibidem*, pp.48.

⁷⁸ Cette initiative est déployée par sa présidente Isabelle Falque-Pierrotin qui avait été la co-rédactrice de l'Étude du Conseil d'État en 1997 « *Internet et les réseaux numériques* ».

La CNIL construit dès lors sa détermination à intervenir dans une régulation à la fois nationale et européenne via les réseaux du CEPD. Elle se place ainsi en régulateur national et, simultanément en futur régulateur officiel européen de l'IA. Cette approche participe de la proposition du Conseil d'État du 31 août 2022 qui considère légitime de faire de la CNIL à l'aube de l'AIa le régulateur naturel de l'IA. La proposition du Conseil d'État s'inscrit bien dans une démarche fondée sur la nature de l'autorité de contrôle dans un cadre juridique souple⁷⁹, ainsi que dans celui de la future réglementation de l'IA reposant sur la confiance⁸⁰.

Le 8 juillet 2021, la CNIL publie un avis commun à l'ensemble de ses homologues européens intitulé *Intelligence artificielle : l'avis de la CNIL et de ses homologues sur le futur règlement européen*⁸¹ où elle indique sa position en quatre points en ces termes : « La CNIL et ses homologues européens se félicitent de la proposition de la Commission européenne visant à établir des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle afin de préserver les libertés individuelles. Si celle-ci est susceptible d'évoluer encore fortement, au gré des amendements du texte effectués par le Parlement ou le Conseil européen, les autorités de protections européennes ont jugé indispensable de prendre position à travers la publication d'un avis ».

Ces quatre points déterminent des choix prioritaires. Tout d'abord, « la nécessité de tracer des lignes rouges aux futurs usages de l'IA » en construisant une IA éthique et de confiance au sein de l'UE. Tout en indiquant, selon l'avis du CEPD et du Contrôleur européen de la protection des données du 18 juin, la nécessité d'élargir le champ des systèmes d'IA interdits et de clarifier leur définition, notamment sur les systèmes biométriques, l'avis recommande également une interdiction des systèmes biométriques utilisés aux fins de classer les individus⁸². Bien que cet avis soit consultatif et ne figure pas une déclinaison du cadre législatif existant, la CEPD estime qu'il doit être mis en perspective avec plusieurs prises de positions publiques de la CNIL afin de respecter un « débat démocratique ». La CNIL considère ainsi que la clarification du cadre, précisant ce qui est permis et ce qui est interdit, revient aux citoyens mais également aux experts. Un deuxième point porte sur « le défi de l'articulation avec le RGPD ». Il est nécessaire de « focaliser » l'effort de régulation sur un volume limité de systèmes d'IA dit « à haut risque » pour les droits fondamentaux. Ces systèmes exploitent en très grande majorité des cas impliquant les données personnelles, donc deviennent un enjeu essentiel d'articulation du règlement sur

⁷⁹ Conseil d'État, Étude 2022, op. Cit. p.174.

⁸⁰ *Ibidem*, pp.193.

⁸¹ Intelligence artificielle : l'avis de la CNIL et de ses homologues sur le futur règlement européen, 8 juillet 2021, [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle-lavis-de-la-cnil-et-de-ses-homologues-sur-le-futur-reglement-europeen>].

⁸² Intelligence artificielle : l'avis de la CNIL et de ses homologues, Op. Cit.

l'intelligence artificielle avec le RGPD et la directive « Police-Justice ». L'avis spécifie que « le respect des obligations légales découlant de la législation de l'Union - y compris en matière de protection des données personnelles – doit être une condition préalable à l'entrée sur le marché européen en tant que produit portant le marquage CE ». Le troisième point concerne « L'importance d'une gouvernance harmonisée » et marque le positionnement de la CNIL comme régulateur de l'IA en Europe, justifiant que la CNIL régule déjà des systèmes d'IA impliquant des données personnelles en application du RGPD et de la directive « Police-Justice ». La CNIL argumente que la mise en œuvre d'une proposition de règlement de l'ambition de celle de la Commission européenne nécessite d'avoir « un régulateur compétent et expérimenté », et qu'il faut « éviter de multiplier les autorités de contrôle ou de coordonner des mises en œuvre différentes dans chaque État membre ». Au contraire selon elle, il est nécessaire de viser à garantir une « interprétation cohérente des dispositions relatives aux algorithmes dans l'ensemble de l'UE pour minimiser l'insécurité juridique et la complexité administrative ». De plus, la proposition de règlement de la Commission européenne charge le Contrôleur européen de la protection des données du pouvoir d'autorité compétente en ce qui concerne les systèmes d'IA mis en œuvre par les institutions et agences européennes.

Les développements de son argumentation, en particulier son pouvoir d'autorité compétente sur les systèmes d'IA, l'impose selon elle, comme le régulateur désigné, justifiant ainsi de « l'intérêt de se reposer sur un régulateur existant pour la mise en œuvre du règlement et en particulier sur les autorités de protection des données ». Dans leur avis, la CNIL et ses homologues demandent donc que la gouvernance du Comité européen de l'intelligence artificielle (CEIA) soit précisée, à la fois pour garantir son indépendance mais également pour renforcer ses pouvoirs et lui permettre ainsi d'exercer un véritable contrôle, notamment lors de la mise en œuvre de systèmes d'IA à l'échelle européenne. Le CEPD considère que les autorités de protection des données devraient être désignées comme autorités de contrôle national de l'IA car « une telle désignation faciliterait la bonne application du futur règlement sur l'IA et la constitution d'un écosystème européen de l'intelligence artificielle favorable à l'innovation ». L'avis conclut dans son quatrième et dernier point de la nécessité d'« un accompagnement de l'innovation indispensable », car l'IA représente un « objet de surveillance » intrinsèquement intégré à ses missions d'information et des protections des droits comme à ses missions d'accompagnement vers la conformité et d'anticipation et d'innovation »⁸³. Cet avis,

⁸³ [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle/la-cnil-publie-ressources-grand-public-professionnels>], 5 avril 2022, Intelligence artificielle : la CNIL publie un ensemble de ressources pour le grand public et les professionnels.

en amont du prochain AIA, plaide pour la simplification, et est annonciateur du positionnement de l'étude du Conseil d'État.

La CNIL veut faire œuvre de pédagogie et se donne pour mission de surveiller l'IA, reposant sur « un grand nombre de concepts nouveaux » et « de plus en plus présente » dans le quotidien. Elle se doit d'expliquer et d'analyser les enjeux en matière de protection des données personnelles, et surtout d'instruire par quels moyens « elle agit pour accompagner le déploiement de solutions respectueuses du droit des personnes »⁸⁴. Ses ressources s'adressent à la fois au grand public « afin d'en saisir les enjeux » en mettant à leur disposition un glossaire des termes principaux de l'IA⁸⁵, aux professionnels (responsables de traitement ou sous-traitants) pour qu'ils s'assurent de la conformité au RGPD en référence à un « guide d'auto-évaluation pour les systèmes d'IA » en vue du futur règlement européen⁸⁶. Quant aux « spécialistes » qui « manipulent l'IA », ils doivent intégrer les enjeux sur la protection des données personnelles, en adéquation avec l'état de la technique⁸⁷.

La CNIL conforte sa pertinence à intervenir comme régulateur de l'AI, notamment par son laboratoire d'innovation numérique, le LINC, dont les travaux sur l'innovation sont renforcés depuis 2021 et vont continuer à se déployer en appui avec la proposition de l'étude du Conseil d'État du 31 août 2022.

§2 – LES PERSPECTIVES D'UNE RÉGULATION DE L'IA : LA CNIL COMME AUTORITÉ DÉSIGNÉE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

La proposition du Conseil d'État de désigner la CNIL comme régulateur de l'intelligence artificielle se conçoit et s'articule à partir d'une programmation binaire : la volonté de simplification du Conseil d'État dans la régulation de l'IA (A), et pour ce faire une réforme nécessaire par le double enjeu du partage de données et de l'innovation (B). Le Conseil d'État privilégie ainsi, en amont du prochain règlement européen AIA, une interprétation nationale française étendue à la réglementation européenne pour une « Intelligence artificielle de confiance du service public ».

A) La volonté de simplification du Conseil d'État dans la régulation de l'IA

La simplification soutenue par le Conseil d'État dans son étude participe d'abord d'un souci de rationalisation au travers d'une cohérence par l'attribution d'un domaine de régulation inhérent aux traitements de données (1) dans lequel la pertinence d'un

⁸⁴ [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle-ia>].

⁸⁵ CNIL, Glossaire de l'IA, [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle/glossaire-ia>].

⁸⁶ [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle-lavis-de-la-cnil-et-de-ses-homologues-sur-le-futur-reglement-europeen>].

⁸⁷ [<https://www.cnil.fr/fr/intelligence-artificielle-lavis-de-la-cnil-et-de-ses-homologues-sur-le-futur-reglement-europeen>].

« guichet unique » de l'IA au sein de la CNIL pour l'ensemble des AAI, représente un second enjeu assumé par l'étude du Conseil d'État, de privilégier une CNIL coordinatrice de l'ensemble de la régulation de l'IA (2). Il s'agit d'éviter l'inflation normative d'une structure juridique supplémentaire. Le Conseil d'État fait le choix affirmé d'une complémentarité adaptée à une CNIL augmentée.

1) La cohérence par l'attribution d'un domaine de régulation inhérent aux traitements de données

La rationalisation par l'IA du traitement des données personnelles auquel les données publiques⁸⁸ sont nécessairement intégrées constitue un critère essentiel qui doit reposer sur la confiance. Le Conseil d'État note que l'engagement de l'open data reste encore trop en retrait pour favoriser l'intelligence artificielle appliquée aux données publiques. Rien n'est possible sans la confiance que l'étude du Conseil d'État paramètre en sept principes⁸⁹. La primauté humaine est considérée comme le critère le plus fondamental, « garant » et « superviseur », afin d'« anticiper le risque de dysfonctionnement du système et limiter sa dépendance ». Ce critère permet en cas de dysfonctionnement de servir l'être humain en engageant sa responsabilité⁹⁰. Suivent la performance, l'équité et la non-discrimination⁹¹, la transparence⁹² dont l'exigence de loyauté⁹³, la sûreté (cybersécurité), la soutenabilité environnementale et l'autonomie stratégique⁹⁴.

Le Conseil d'État appuie « la mise en œuvre d'une politique de déploiement de l'intelligence artificielle résolument volontariste, au service de l'intérêt général de la performance publique »⁹⁵. Il préconise d'éviter les lourdeurs et les coûts d'une législation-cadre qu'entraînent l'intégration de l'IA dans le secteur public. Il lui préfère l'adoption de « lignes directrices »⁹⁶, adaptées aux règles de droit déjà applicables qui donneront une impulsion⁹⁷, tout en

⁸⁸ Les données publiques représentent un enjeu de plus en plus développé dans les mises en place d'utilisation et d'accès. Se référer à l'article de P. MOUSSIER, « existe-t-il un droit administratif des données », *Revue internationale des gouvernements ouverts*, 11 (1), pp. 175-191.

⁸⁹ Conseil d'État, Étude, op. Cit., p. 98, [étudePM IA_1 (1).pdf].

⁹⁰ Conseil d'État, Étude, op. Cit., pp. 98-108. V. HERMANN, « Les critères nécessaires à la confiance », *Nextinpact*, 23 septembre 2022, 70031 : [https://www.nextinpact.com/article/70031/intelligence-artificielle-criteres-necessaires-a-confiance-selon-conseil-detat].

⁹¹ *Ibidem*, pp. 108-118.

⁹² *Ibidem*, pp. 118-121-125.

⁹³ On peut rappeler ici la référence du principe de loyauté du rapport de la CNIL de 2017.

⁹⁴ *Ibidem*, pp.126-134. J.M PASTOR, « Développer une stratégie de l'IA », *Dalloz Actualité*, 14 septembre 2022, [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/developper-une-strategie-de-l-intelligence-artificielle].

⁹⁵ Conseil d'État, Étude, op. cit., p. 8, à partir de quatre axes stratégiques, pp 19-20.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 138, p.142.

⁹⁷ Actu-juridique, op. Cit., [https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/le-conseil-detat-dessine-le-profil-dune-ia-de-confiance-dans-le-service-public/].

étant élaborées en prévision du règlement européen⁹⁸ « toujours en cours de négociation »⁹⁹, qui pour la première fois imposera des règles contraignantes aux systèmes d'IA. Le Conseil d'État plaide pour l'assouplissement du cadre juridique du partage des données entre les personnes publiques qui libérera l'accès aux données permettant un traitement plus large allant dans le sens de l'amélioration des process du service public avec l'utilisation de l'intelligence artificielle.

Pour réaliser ce grand chantier, la conviction du juge des juges est claire, pragmatique. Elle peut aller jusqu'à paraître surprenante, déplorant que le frein le plus important au partage de données entre administrations se trouve être de nature juridique¹⁰⁰. Il faut donc améliorer le statut de la donnée publique¹⁰¹. En effet « la disponibilité de données publiques nombreuses »¹⁰² permettra à l'administration de concevoir des systèmes d'IA basés sur l'apprentissage automatique. L'étude insiste sur la nécessité d'assouplir le cadre juridique du partage des données entre les personnes publiques¹⁰³ car les administrations sont soumises aux mêmes droits que les citoyens « sauf dispositions particulières »¹⁰⁴. Les Sages font remarquer que de nombreuses règles de droit existent déjà en ce sens. Elles concernent essentiellement les traitements de données à caractère personnel, la transparence des traitements algorithmiques, selon de grands principes communs aux systèmes d'information publics « complétées, en surplomb, par l'ensemble des normes supérieures qui font obstacle à ce que les conditions de fonctionnement et les résultats produits par un SIA n'aboutissent à une méconnaissance des droits et libertés fondamentaux »¹⁰⁵.

Le Conseil d'État avance qu'il faut assouplir certaines règles pour réduire les freins d'ordre juridique, « réels ou perçus » qui sont pénalisants¹⁰⁶. Ce régime peut s'inspirer de l'exemple du projet de règlement européen sur la gouvernance européenne (dit *Data Governance Act*)¹⁰⁷. Cet enjeu majeur engage une réflexion qui tend à un assouplissement du cadre juridique du partage intra-public

⁹⁸ Conseil d'État, Étude, op. cit., p. 143 ; J. M Pastor, *Développer une stratégie de l'IA*, op. cit.

⁹⁹ G. ZIGNANI, L. FERNANDEZ RODRIGUEZ, « Intelligence artificielle : le Conseil d'État veut un déploiement volontariste », *La Gazette des Communes*, 9 septembre 2022 : [<https://www.lagazettedescommunes.com/824261/intelligence-artificielle-le-conseil-detat-veut-un-deploiement-volontariste/>].

¹⁰⁰ La Gazette des Communes, op.Cit.

¹⁰¹ Conseil d'État, Étude, op. Cit., p. 7 dont « les objectifs poursuivis et les bénéfices attendus du déploiement des SIA dans l'action publique sont nombreux. Ils ont vocation à permettre d'améliorer la qualité du service public » et J.M Pastor, *Dalloz*, op. cit.

¹⁰² *Ibidem*, p. 12.

¹⁰³ Conseil d'État, Étude, op. cit., « Le cadre juridique du partage et de la réutilisation de données entre administrations devrait être assoupli, dans le respect des exigences constitutionnelles », p. 174 et J.M Pastor, *Dalloz*, op. cit.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 134.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 172.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 174-175.

des données¹⁰⁸. Le Conseil d'État va plus loin encore lorsqu'il incite les administrations à critiquer le RGPD tel qu'il est souvent appliqué : « Les contraintes découlant du RGPD restent incertaines et souvent exagérées, alors que le règlement offre de nombreuses souplesses, y compris pour les traitements à d'autres fins que celles pour lesquelles les données ont été initialement collectées »¹⁰⁹. Les Sages n'hésitent donc pas à incriminer le fonctionnement de l'application trop souvent faite du RGPD. L'esprit du texte est ici quasi-révolutionnaire. Le dessein du Conseil d'État vise à engager ouvertement et au plus vite cette remise en question pour débloquer la circulation des données, en particulier entre administrations afin de favoriser l'avancée de la mise en œuvre de l'IA dans le domaine des données publiques. Et d'appuyer leur détermination : « Il importe certainement » écrivent-ils « de rompre sans plus attendre avec la culture de la « formalité préalable » à la mise en œuvre des traitements de données à caractère personnel par l'administration, qui a survécu à la logique de simplification et de responsabilisation sur laquelle repose le RGPD et qui retarde les projets de SIA publics »¹¹⁰. La simplification de l'accès aux données des administrations publiques, les libérer pour favoriser leur traitement, toutefois selon le respect des lois et règlements en l'état, précise -t-il cependant ! Ainsi, le Conseil d'État, au vu de cette situation paralysante en l'état du droit, incite à « la mise en œuvre opérationnelle »¹¹¹ qui par là-même active la progression du droit.

2) La pertinence d'un « guichet unique » de l'intelligence artificielle au sein de la CNIL pour l'ensemble des autorités administratives indépendantes

Afin d'éviter une gestion centrifuge de l'IA en multipliant des départements des administrations qui lui sont réservés au sein des AAI, le Conseil d'État préconise de centraliser et de coordonner la gestion des développements de l'intelligence artificielle du service public en un « guichet unique »¹¹². Le guichet unique¹¹³

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 13.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 189.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 198-199.

¹¹² Le mécanisme de « guichet unique », repose sur les trois principes suivants : 1_ Un mécanisme ouvert aux seules entreprises établies en UE, 2_ Un interlocuteur unique pour les responsables de ces traitements, 3_ Une seule décision valable dans toute l'UE. Le guichet unique facilite ainsi les démarches des entreprises concernées, sans pour autant impacter les personnes concernées par ces traitements. « Le guichet unique, comment ça marche ? » Lorsque l'autorité chef de file envisage de prendre une décision à l'égard d'un traitement transfrontalier (une sanction, par exemple), elle doit se charger de coordonner la prise de décision avec les autres autorités concernées par ce traitement : soit parce qu'elles ont sur leur territoire un établissement de l'entreprise, soit parce que des personnes impactées par le traitement de données résident sur le territoire de leur État ; [https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique].

participe déjà d'un des fondements de la structure juridique de la CNIL, institution essentielle du CEDP depuis le RGPD pour fédérer les différentes autorités de contrôle nationales. Il permet de prioriser les décisions qui y sont associées et a « vocation à harmoniser au niveau européen les décisions des autorités de protection des données concernant les traitements transfrontaliers »¹¹⁴. Le principe du guichet unique de la CNIL¹¹⁵ peut être étendu, selon l'étude du Conseil d'État, à l'ensemble des autorités administratives indépendantes qui traitent de l'intelligence artificielle. La CNIL coordonnera alors les forces vives traitant l'ensemble des départements et problématiques de l'intelligence artificielle regroupés au sein de la seule CNIL devenue leur guichet unique.

L'étude constate la très forte adhérence entre la régulation des SIA et celle des données, en particulier des données à caractère personnel, d'où « l'intérêt d'une internalisation institutionnelle de l'articulation des deux régimes juridiques, plaident assez naturellement pour que la CNIL se voie confier les deux fonctions »¹¹⁶. Le cahier des charges ainsi établi permet donc de « confier le pilotage de la régulation des SIA à une CNIL transformée¹¹⁷ et d'éviter la création d'une nouvelle entité afin de ne pas « dissocier les compétences et d'éviter la dispersion des moyens »¹¹⁸. L'étude poursuit sa démonstration de la pertinence de soumettre la surveillance des SIA des institutions de l'UE au Contrôleur européen de la protection des données pour que sur un plan opérationnel, les membres du comité européen de la protection des données (CEPD) et ceux du comité européen de l'IA envisagé par la proposition de règlement¹¹⁹, soient les mêmes

¹¹³ Le guichet unique concerne les traitements transfrontaliers tels que définis à l'article 4.23) du RGPD : <https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique>.

¹¹⁴ « L'autorité chef de file à l'égard d'un traitement transfrontalier est celle du pays où se trouve « l'établissement principal », au sens de l'article 4.16) du RGPD, du responsable du traitement ou du sous-traitant, ou son établissement unique si l'organisme n'est pas établi dans plusieurs États membres. Quand la CNIL est l'autorité chef de file, toutes les démarches relatives à un traitement transfrontalier s'effectuent auprès d'elle. Elle prend toutes les décisions concernant le traitement transfrontalier. Les recours contre ces décisions s'effectueront ainsi devant les juridictions de l'État membre de l'autorité de protection des données chef de file. Elle constitue également l'interlocuteur unique des sous-traitants. », <https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique>, 9 juillet 2018].

¹¹⁵ <https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique>, 9 juillet 2018.

¹¹⁶ Conseil d'État, Étude, op. Cit. p. 201.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 201.

¹¹⁸ *Nextinact*, op. Cit., <https://www.nextinact.com/article/70032/intelligence-artificielle-conseil-detat-veut-moyens-et-super-cnil>].

¹¹⁹ L'article 43 de la proposition de l'IAI y fait référence pour l'évaluation de la conformité des SIA « Les systèmes d'IA à haut risque font l'objet d'une nouvelle procédure d'évaluation de la conformité chaque fois qu'ils sont substantiellement modifiés, que le système modifié soit destiné à être distribué ultérieurement ou continue d'être utilisé par l'utilisateur actuel », [https://artificialintelligenceact.com/title-iii/chapter-5/article-](https://artificialintelligenceact.com/title-iii/chapter-5/article-43/#:~:text=High%2Drisk%20AI%20systems%20shall,used%20by%20the%20current%20user.)

43/#:~:text=High%2Drisk%20AI%20systems%20shall,used%20by%20the%20current%20user.]; Conseil d'État, Étude, op. Cit. p. 200

ou représentés par eux¹²⁰. Le Conseil d'État confère alors une triple attribution à la future CNIL, autorité nationale de contrôle du règlement de l'IA, conçue à l'avenir comme une autorité de coordination, de supervision, de tête de réseau¹²¹.

La nouvelle CNIL pourra déléguer des travaux ou étudier ceux proposés par les autres AAI¹²². Ces régulateurs participeront aux travaux de l'intelligence artificielle selon leur domaine d'expertise¹²³. Ainsi l'ARCEP, l'AMF, l'ARCOM, l'ART, l'ADLC fédérées par la CNIL uniront leurs compétences, coordonnées en amont par la CNIL. De fait, atteintes dans leur indépendance, préférant la conserver, cette disposition risque de provoquer leur mécontentement¹²⁴. En effet, seule la nouvelle CNIL, et elle seule, assurera le contrôle et aura in fine l'autorité requise en arrêtant sa position. La CNIL conforte ici le rôle de l'autorité chef de file en ce sens qu'elle se charge de coordonner la prise de décision avec les autres autorités¹²⁵. Le projet du Conseil d'État attribue à la CNIL ce nouveau super pouvoir de décision. Il est donc pertinent de réunir ces compétences et d'éviter la création d'un « régulateur bis »¹²⁶. Qui plus est, le Conseil d'État renforce ce choix par l'argumentation économique : « Cette mutualisation des forces présenterait aussi un intérêt budgétaire, en évitant la création de doublons au niveau de la CNIL »¹²⁷.

La reconnaissance de la CNIL comme « guichet unique » de l'IA, consacrée par le Conseil d'État, entérine à un niveau normatif supérieur l'évolution structurelle de la légitimité de la première AAI, longtemps cantonnée aux recommandations de droit souple même si, depuis le RGPD, elle avait déjà franchi la barrière du droit positif grâce au pouvoir de sanction.

B) Une réforme nécessaire par le double enjeu du partage de données et de l'innovation

Le Conseil d'État pour valider une super CNIL régulatrice de l'intelligence artificielle estime nécessaire l'élargissement de l'expertise de la CNIL en matière d'innovation au-delà des seules

¹²⁰ *Ibidem*, p. 201.

¹²¹ *Ibidem*, p. 201.

¹²² *Ibidem*, pp. 201-202.

¹²³ *Ibidem*, p. 201, « Cela pourrait notamment concerner les régulateurs des industries de réseau (ARCEP, CRE, ART...), ceux à vocation horizontale (ADLC, AMF, ACPR) ou ceux propres à certains secteurs (Autorité de régulation des jeux en ligne, ARCOM...) », Nextinact, op. cit., « Une CNIL transformée pour réguler les SIA » : [<https://www.nextinact.com/article/70032/intelligence-artificielle-conseil-detat-veut-moyens-et-super-cnil>].

¹²⁴ Conseil d'État, Étude, op. Cit. p. 201 ; Raphaële KARAYAN, op. cit. : [<https://www.usine-digitale.fr/article/le-conseil-d-etat-propose-de-faire-de-la-cnil-le-regulateur-de-l-intelligence-artificielle.N2038447>].

¹²⁵ La procédure du Guichet unique implique 6 phases de mise en œuvre de l'autorité de protection des données, aboutie par la notification de la décision finale à l'entreprise concernée, et ce selon des délais courts et stricts, [<https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique>], 9 juillet 2018

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 201-202, Nextinact, moyens et super CNIL, op. cit.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 202.

données personnelles (1), pour réussir une « super CNIL » dont la nouvelle identité de régulation sera en mesure de s'inscrire au sein des institutions européennes en anticipation du futur règlement de l'UE (2).

1) *L'élargissement de l'expertise de la CNIL en matière d'innovation au-delà des seules données personnelles*

La CNIL ouverte à l'innovation développe ses propres outils au sein du LINC, le laboratoire d'innovation numérique de la CNIL. Son expertise sur la protection des données personnelles franchit une nouvelle étape dans l'innovation au fur et à mesure des développements de l'intelligence artificielle. Cette tendance de la CNIL d'étendre ses domaines de compétence en englobant systématiquement tout nouveau sujet touchant les données personnelles de toute nature se confirme. L'IA devient un objet de surveillance étendu à la société numérique dans son ensemble. Le programme du LINC publié le 23 juin 2022¹²⁸ renforce en ce sens « une meilleure compréhension de l'économie des données ». Son programme de travail pour 2022 et 2023 privilégie quatre thématiques prioritaires liées naturellement à l'intelligence artificielle : l'articulation entre protection des données et protection de l'environnement, l'économie des données, la protection des données au quotidien et les nouvelles formes de captation des données. L'objectif est annoncé. Dès l'introduction, le LINC précise clairement que ce programme n'est pas exhaustif car des sujets non anticipés pourront venir s'y greffer, et que cette visibilité permettra de développer des collaborations avec d'autres acteurs qui travaillent sur des sujets similaires : « Ce programme [...] est amené à évoluer, notamment dans sa partie prospective, qui, par nature, sera adaptée en fonction de l'actualité, de l'apparition de tendances émergentes, voire de ruptures »¹²⁹. Des passerelles avec d'autres thématiques s'organisent, ainsi en matière santé (analyse psychologique, santé mentale) où l'utilisation de l'IA permet d'améliorer la prévention, la réactivité des soins, leurs modalités aussi¹³⁰. Le LINC, en déployant un principe d'ouverture, s'attache à favoriser une politique de développement de ses champs d'interventions. L'innovation est possible à condition de favoriser les moyens techniques, et dépend du volume et de la quantité des données

¹²⁸ Programme de travail du LINC 2022-2023, 23 juin 2022 : [\[https://linc.cnil.fr/fr/programme-de-travail-du-linc-2022-2023\]](https://linc.cnil.fr/fr/programme-de-travail-du-linc-2022-2023).

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ « L'analyse automatique des émotions s'appuyant sur diverses données (vidéo, texte, voix...). Des passerelles seront faites avec d'autres thématiques, comme en matière de santé (analyse psychologique, santé mentale) ainsi qu'avec le fonctionnement de l'IA, largement utilisée dans ce type de traitement. », Programme de travail du LINC 2022-2023, 23 juin 2022 : [\[https://linc.cnil.fr/fr/programme-de-travail-du-linc-2022-2023\]](https://linc.cnil.fr/fr/programme-de-travail-du-linc-2022-2023).

encore insuffisantes selon l'étude¹³¹. Dans cette perspective, le laboratoire a inscrit à son programme, comme on l'a vu, l'exploration de captation de nouveaux types de données ainsi que l'amélioration de la précision des données collectées. Un volet de la recherche portera encore sur le déploiement du contournement des données¹³². L'AAI par son programme de recherche et de prospective montre qu'elle participe pleinement aux évolutions auxquelles le droit positif et le droit souple sont confrontés. La réflexion des Sages conditionne cet accès pour la CNIL comme régulatrice de l'IA, en évaluant le potentiel tangible de l'adaptation de ses outils normatifs déjà existants au regard de ses capacités potentielles.

2) Une « super » AAI : la nouvelle identité de régulation intégrée au sein des institutions européennes en anticipation du futur règlement de l'IA

Le Conseil d'État veut faire de la CNIL le régulateur des régulateurs de l'IA. Par cette proposition, le Conseil d'État évite de générer de l'inflation législative, un des objectifs annoncés. L'étude montre à quel point les Sages cherchent à éviter de surimposer de nouvelles structures qui y participeraient. Cependant la fonction d'autorité de contrôle nationale responsable de la régulation des systèmes d'intelligence artificielle devra revenir à une « CNIL profondément transformée », c'est, selon eux, le passage obligé pour la solution la plus cohérente¹³³. Le Conseil d'État avertit des avantages à retenir une telle solution, hormis l'inflation législative. En effet, « ce règlement laisserait aux États membres de larges marges pour sa mise en œuvre », sachant que des incertitudes demeurent quant à ce futur cadre réglementaire¹³⁴, et que la matière elle-même qui constitue l'intelligence artificielle évolue rapidement. Les innovations bouleversent le droit et la régulation est tenue d'adapter de nouveaux paramètres juridiques pour rester efficiente.

Ces préconisations de privilégier et d'anticiper une proposition nationale adaptée à la prochaine réglementation de l'UE ne peut se concevoir qu'à condition de donner à la CNIL les moyens d'« un investissement immédiat massif et déterminé pour augmenter les capacités du régulateur »¹³⁵. Et ce quand bien même si la CNIL a acquis une reconnaissance européenne malgré de faibles moyens, moyens qui demeurent « des plus modestes ». L'étude fait des comparaisons avec les autres autorités de contrôle européennes du CEPD aux moyens beaucoup plus conséquents.

¹³¹ In actu-juridique, Op. Cit.

¹³² Programme de travail du CNIL 2022-2023.

¹³³ Conseil d'État, Étude, op. Cit. « *Un tel choix suppose toutefois une transformation profonde de la CNIL, à deux égards* » pp. 202-203.

¹³⁴ Cité par Gazette, Op. Cit.

¹³⁵ Conseil d'État, Étude, op. Cit. p.202.

La nécessité de compétences supplémentaires à celles en place participe de ce changement structurel.

Le Conseil fait tout un développement sur la qualification des experts, leur formation. Il va falloir pouvoir recruter des profils qui viennent du privé, proposer des rémunérations plus attractives. Réussir pleinement cette super CNIL passe par l'évolution de son collège en trois priorités. La composition de ses membres « aux sensibilités les plus diverses¹³⁶ » appelle au recrutement de profils « entre juniors et séniors, et entre agents titulaires et contractuels »¹³⁷, spécialistes de SIA comme ouverts à d'autres acteurs de l'innovation, ce qui implique une échelle des salaires proportionnelle à la qualification des profils recrutés. L'augmentation des moyens budgétaires est donc une nécessité afin de « renforcer significativement la fonction d'accompagnement et d'appui à la conformité »¹³⁸. Le respect de la performance administrative et la compétitivité économique ainsi que la protection des droits et libertés des individus « internalisée au sein d'une même structure » permettront des arbitrages aux débats équilibrés¹³⁹. Une deuxième remarque de cette nouvelle CNIL est d'ordre normatif, et s'attache à « la capacité d'adaptation de la CNIL, notamment dans la construction de sa doctrine sur des sujets particulièrement évolutifs »¹⁴⁰. En troisième lieu, les moyens alloués doivent servir à assouplir la rigidité administrative actuelle et permettre de « disposer d'outils méthodologiques, de recommandations et de lignes directrices leur donnant de la visibilité sur l'interprétation des règles applicables »¹⁴¹. Pour devenir le régulateur à part entière de l'intelligence artificielle, la CNIL doit encore faire évoluer son positionnement et son image « pour qu'elle ne soit plus seulement (perçue comme) une autorité de protection des individus contre une menace », « mais comme un véritable régulateur, soucieux de conjuguer le développement de notre pays par le soutien à l'innovation et le respect des droits fondamentaux des personnes concernées, et un facilitateur de l'innovation technologique au service de la société »¹⁴².

La nouvelle identité à la CNIL passe aussi par un éventuel changement de nom, « un changement d'appellation »¹⁴³ qui sera la marque symbolique de sa transformation. Et pour qu'une transformation d'une telle ampleur réussisse, le passage par « un portage politique au plus haut niveau et une vigilance particulière dans les nominations »¹⁴⁴ s'impose. Mais, au-delà de l'argumentation technique, juridique et politique, rien n'est possible, ni ne peut se

¹³⁶ Conseil d'État, Étude, op. Cit. p.202.

¹³⁷ *Ibidem*, p.203.

¹³⁸ *Ibidem*, p.203.

¹³⁹ *Ibidem*, p.202.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.203.

¹⁴¹ Conseil d'État, Étude, p.203.

¹⁴² *Ibidem*, p.202.

¹⁴³ *Ibidem*, p.202.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.203, et *Nextinpack*, op. Cit.

concevoir sans mener à bien la réflexion éthique et l'implication civique qu'il est nécessaire de structurer.

La nécessaire réflexion sur l'éthique « pour asseoir une prise de décision publique responsable et acceptable » préexiste à tout déploiement des outils juridiques de la régulation. Les enjeux éthiques fondent la réflexion prospective et anticipatrice « pour garantir la confiance, au-delà de la règle de droit »¹⁴⁵. C'est elle qui permet une prise de décision responsable. La loi désigne déjà la CNIL au plan national pour la protection des données personnelles. Elle pourrait étendre cette réflexion, en référence aux travaux du Comité consultatif national d'éthique (CCNE) qui a créé un comité national pilote d'éthique du numérique, à un comité réuni au sein « d'une structure dédiée de l'autorité nationale de contrôle, indépendante (y compris du collège), composée de personnalités qualifiées de toutes disciplines »¹⁴⁶. Ce super comité guiderait la référence éthique opérationnelle et rationaliserait le processus de réflexion et de décision de la nouvelle CNIL.

La seconde exigence pour réussir ce chantier d'une régulation bien ordonnée réside dans l'implication civique, par une approche collective impérativement mise en œuvre, et élaborée par une concertation stratégique au niveau ministériel ou interministériel. Elle se conçoit dans le cadre d'une consultation où est associé l'ensemble des parties engagées « sans nuire » aux intérêts des agents et usagés¹⁴⁷. Le Conseil d'État avance le principe de démocratie directe car « seule la présence effective de citoyens directement » ou en tout cas représentés par de partenaires sociaux ou d'associations « réunis autour de la table de la conception, du déploiement, de la critique et de la correction des SIA est de nature à prévenir une partie de la défiance et de la critique »¹⁴⁸. Instaurer une confiance réciproque générée par la concertation est la plus sûre méthode « pour bâtir une confiance propice à un bon usage de l'IA »¹⁴⁹.

CONCLUSION

Les enjeux liés à l'intelligence artificielle imposent une évolution constante et une vigilance permanente. Par l'étude du 31 août 2022, le Conseil d'État définit et explore dans une réflexion globale les enjeux et les objectifs où « les acteurs publics doivent s'engager résolument dans la voie du développement de systèmes d'intelligence artificielle, et emprunter le chemin de déploiements raisonnés, éthiques, soutenables et responsables »¹⁵⁰. Cette étude marque une étape fondatrice. Elle donne à voir le chemin parcouru de la CNIL, les avancées de l'autorité administrative de

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.203.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 204.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 204-205.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 205.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 206.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 207.

contrôle d'une évolution acquise de ses rapports avec le Conseil d'État. Il lui confère désormais le droit de franchir les étapes de la consolidation d'un droit hybride résolument associé au droit du numérique. Et ce, même si, la proposition nationale énoncée par le Conseil d'État ne fédère pas l'ensemble des États-membres de l'Union européenne sur la régulation de l'intelligence artificielle.

La régulation de l'IA doit intégrer la réalité d'un *work in progress* permanent de cette matière à haut potentiel évolutif. La CNIL n'a pas perdu de temps. Forte de la proposition de l'étude d'en faire le régulateur de l'IA, elle institue, dès le 23 janvier 2023, la « Création d'un service de l'intelligence artificielle à la CNIL et (le) lancement des travaux sur les bases de données d'apprentissage » afin de « renforcer son expertise sur ces systèmes et sa compréhension des risques pour la vie privée tout en préparant l'entrée en application du règlement européen sur l'IA »¹⁵¹. Une de ses quatre missions va consister à « préparer l'entrée en application du règlement européen sur l'IA », toujours en cours de discussion alors même qu'une véritable révolution opère un changement de paradigme avec l'IA générative GPT-4 - Open AI. La CNIL a donc bien l'intention de s'imposer comme éclairer de l'IA¹⁵², de ne rien lâcher de ce domaine technologique en pleine mutation, confortée par la légitimité que lui procure désormais l'étude du Conseil d'État. La CNIL met en avant son rôle transversal en symbiose avec les travaux du Comité européen de la protection des données (CEPD). Elle reprend ses préconisations permettant d'assurer « le maillage d'un vaste réseau d'institutions publiques allant des autorités de surveillance de marché aux régulateurs sectoriels »¹⁵³.

L'IA n'a pas fini d'imposer sa nature disruptive. Quelle réglementation de l'IA, quel encadrement peuvent « la rendre digne de confiance », alors-même qu'avec chapt-gpt4, une nouvelle génération d'IA générative, vient bouleverser les enjeux juridiques mis en place pour sa régulation par l'AIA du 21 avril 2021 de la Commission Européenne¹⁵⁴ « centrée sur l'humain, éthique, durable et inclusive ». Les eurodéputés viennent de valider, le 11 mai 2023, une version qui permette de contrer les dérives des systèmes nourris à l'IA, sans entraver l'innovation¹⁵⁵.

¹⁵¹ CNIL, Création d'un service de l'intelligence artificielle à la CNIL et lancement des travaux sur les bases de données d'apprentissage ; ce service est dirigé par Bertrand Pai, [https://www.cnil.fr/fr/creation-dun-service-de-lintelligence-artificielle-la-cnil-et-lancement-des-travaux-sur-les-bases-delhès], Félicien Vallet en est le chef de service, responsable de l'IA, [https://www.cnil.fr/fr/creation-dun-service-de-lintelligence-artificielle-la-cnil-et-lancement-des-travaux-sur-les-bases-de].

¹⁵² Dont la direction dédiée en charge de l'accompagnement juridique est pilotée par Thomas Dautieu.

¹⁵³ CNIL, Création d'un service de l'intelligence artificielle, op. cit. : [https://www.cnil.fr/fr/creation-dun-service-de-lintelligence-artificielle-la-cnil-et-lancement-des-travaux-sur-les-bases-de].

¹⁵⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206].

¹⁵⁵ M. FABRION, « L'UE accélère la cadence pour devenir la référence mondiale dans la réglementation de l'IA », *Les Numériques*, 14 mai 2023 ;

Quoi qu'il adienne, la CNIL, même non retenue comme institution de régulation de l'AI au niveau européen, va continuer d'étendre son action et sa surveillance sur l'IA. Il faut désormais, compter avec la CNIL dès que l'AI engage la gouvernance, la protection des données, celles des citoyens, des institutions publiques et privées, parce qu'il est question de fortifier la confiance, notamment avec le développement de l'open data.

Les enjeux de société qu'instruisent les travaux de la CNIL sur l'IA, soutenus en clair par le Conseil d'État depuis le 31 août 2022, s'inscrivent et s'imposent de fait dans la perspective du futur règlement :

« Les travaux à venir ont donc pour objet de préciser la position de la CNIL sur ce point et de promouvoir de bonnes pratiques, au titre des exigences posées par le RGPD, mais aussi dans la perspective de la proposition de règlement sur l'IA actuellement débattue au niveau européen »¹⁵⁶ pour le respect des libertés et des droits fondamentaux.

[[https://www-lesnumeriques-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.lesnumeriques.com/intelligence-artificielle/1-ue-accelere-lac adence-pour-devenir-la-referencemondiale-dans-la-reglementation-de-l-ia-n209680.amp.html](https://www-lesnumeriques-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.lesnumeriques.com/intelligence-artificielle/1-ue-accelere-lac cadence-pour-devenir-la-referencemondiale-dans-la-reglementation-de-l-ia-n209680.amp.html)].

¹⁵⁶ « Il contribuera aux travaux du Comité européen de la protection des données (CEPD) et conduira également des projets d'expérimentation en lien avec le LINC », CNIL, [<https://www.cnil.fr/fr/creation-dun-service-de-lintelligence-artificielle-la-cnil-et-lancement-des-travaux-sur-les-bases-de>].