

Prise de position du CCBE sur la proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle)

08/10/2021

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 45 pays, soit plus d'un million d'avocats européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Introduction et résumé

Le 21 avril 2021, la Commission européenne a présenté une [proposition](#) de règlement établissant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union. La proposition est complétée par 9 annexes.

Le CCBE a déjà publié des [commentaires](#) sur la communication sur la numérisation de la justice dans l'UE, une [réponse](#) à la consultation sur le Livre blanc de la Commission européenne sur l'intelligence artificielle ainsi que ses propres [considérations](#) sur les aspects juridiques de l'intelligence artificielle.

Le CCBE développe dans le présent document sa position par rapport à plusieurs aspects de la proposition de législation sur l'intelligence artificielle (ci-après « la proposition »).

En particulier, le CCBE considère que :

- **Malgré le choix d'une approche fondée sur les risques, la proposition devrait contenir des dispositions spécifiques sur l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice.**
- **La proposition doit contenir des interdictions plus claires à l'article 5. Tout type de notation sociale devrait être interdit, de même que la reconnaissance automatisée des caractéristiques humaines dans les espaces accessibles au public ou l'utilisation par les systèmes d'intelligence artificielle des données biométriques pour classer les individus en groupes.**
- **Un juge ne devrait pas être autorisé à déléguer tout ou partie de son pouvoir de décision à un outil d'intelligence artificielle : il faudrait interdire dans le domaine de la justice non seulement la prise de décision automatisée par des systèmes d'intelligence artificielle, mais également l'utilisation de ces systèmes d'intelligence artificielle qui produisent des « décisions » d'une nature telle qu'un juge naturel pourrait être tenté d'adopter simplement ces décisions sans les critiquer, en approuvant de fait ce qui serait en fait une décision automatisée.**

- L'ensemble du processus décisionnel doit rester une activité humaine et les juges naturels doivent être tenus d'assumer l'entière responsabilité de toutes les décisions. Le droit à un juge naturel doit être garanti à tous les stades de la procédure. L'annexe III.8 et le considérant 40 devraient préciser que, lorsqu'un système d'intelligence artificielle peut être utilisé pour « assister » les autorités judiciaires, la possibilité qu'il le fasse pour, en réalité, prendre des décisions ou formuler l'expression de ces décisions est exclue.
- La proposition devrait exclure définitivement l'utilisation d'outils d'intelligence artificielle susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux d'une personne, par exemple aux fins de ce que l'on appelle la « police prédictive » ou la « prévision policière » et aux fins de la détermination des risques de récidive en tant qu'aide à la prise de décisions concernant l'octroi d'une libération sous caution, le prononcé d'une peine, à la suite d'une condamnation, la prise de décisions concernant la probation et, d'une manière générale, pendant les poursuites et le procès. En outre, les résultats d'un système d'intelligence artificielle ne devraient pas, en soi, être traités dans les procédures judiciaires comme ayant le statut de preuve.
- Les principes de transparence et d'explicabilité doivent être strictement respectés. Dans les cas où la manière dont un système d'intelligence artificielle produit un résultat n'est pas transparente ou lorsque ce résultat ne peut pas être suffisamment expliqué, une autorité répressive ne doit pas prendre en compte le résultat, qui doit être retiré du dossier.
- La proposition devrait définir la notion d'« autorité judiciaire » telle qu'évoquée dans le considérant 40 et l'annexe III.8.
- L'utilisation d'un système d'intelligence artificielle pour appliquer la loi à un « ensemble concret de faits » devrait être exclue et les suppressions correspondantes devraient être effectuées au considérant 40 et à l'annexe III.8.
- Les obligations de transparence prévues à l'article 13 doivent être renforcées.
- L'exception au principe de transparence prévue à l'article 52, paragraphe 1, pour certains systèmes d'intelligence artificielle destinés à interagir avec des personnes physiques doit être écartée.
- Il devrait y avoir une interdiction ou un moratoire sur l'utilisation des technologies automatisées dans le contrôle des frontières et des migrations jusqu'à ce qu'elles fassent l'objet d'une évaluation indépendante de leur conformité aux normes internationales en matière de droits humains
- La proposition devrait limiter les utilisations et les applications des systèmes d'intelligence artificielle qui violent l'accès aux droits et aux avantages sociaux.
- Des dispositions spécifiques doivent être adoptées sur les questions de responsabilité de l'intelligence artificielle. Les questions suivantes doivent être prises en compte :
 - la notion de produit ;
 - le manque de prévisibilité dans le fonctionnement des systèmes d'intelligence artificielle ;
 - le destinataire de la responsabilité ;
 - les défenses ;
 - le type de dommage et les victimes ;

- **la règle de la preuve et le renversement de la charge de la preuve dans certaines situations ; et**
- **la question de savoir si l'assurance doit être obligatoire.**

A. Commentaires généraux : l'utilisation de l'intelligence dans le domaine de

la JusticeL'utilisation de l'intelligence artificielle soulève de nombreuses questions, notamment en ce qui concerne les droits fondamentaux et l'état de droit, et constitue donc un véritable défi pour les institutions judiciaires et les avocats. Si l'on considère les différentes utilisations possibles de l'intelligence artificielle dans le processus judiciaire, son introduction au sein des systèmes judiciaires pourrait saper bon nombre des fondements sur lesquels repose la justice, tel que l'a souligné le CCBE dans sa [réponse](#) au Livre blanc de la Commission européenne sur l'intelligence artificielle.

Le changement doit être accueilli lorsqu'il améliore ou du moins ne détériore pas la qualité de nos systèmes judiciaires. Toutefois, le respect des droits fondamentaux et l'adhésion à des normes éthiques élevées qui sous-tendent les institutions fondées sur l'état de droit ne peuvent pas être subordonnés à de simples gains d'efficacité ou à des économies de coûts, que ce soit pour les justiciables ou pour les autorités judiciaires. En particulier, les systèmes d'intelligence artificielle ne devraient être introduits que lorsqu'il existe des garanties suffisantes contre toute forme de partialité ou de discrimination.

Par conséquent, il est important que, s'ils sont déployés, les outils d'intelligence artificielle soient correctement adaptés à l'environnement judiciaire, en tenant compte des principes et de l'architecture procédurale qui sous-tendent les procédures judiciaires. Avant que les outils d'intelligence artificielle ne soient mis en œuvre dans les systèmes judiciaires, le CCBE considère qu'un ensemble de règles et de principes régissant l'utilisation de l'intelligence artificielle doit être défini et adopté. En outre, le CCBE rappelle qu'un procès équitable commence par une enquête équitable et que l'utilisation de l'intelligence artificielle par les services répressifs doit également être évaluée en tenant compte des utilisations qui peuvent être faites des résultats des systèmes d'intelligence artificielle lors de tout procès ultérieur.

À cet égard, le CCBE se félicite de la reconnaissance par la proposition des risques causés par l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle dans les domaines de la répression et de la justice, en particulier les effets potentiellement importants de l'utilisation de tels systèmes sur la démocratie, l'état de droit et les libertés individuelles ainsi que sur le droit à un recours effectif et à un procès équitable¹.

Toutefois, comme expliqué dans sa réponse au Livre blanc sur l'intelligence artificielle, le CCBE regrette que la Commission européenne n'ait pas retenu une **approche plus ciblée** afin de fixer des exigences légales adaptées aux besoins de secteurs, de cas d'utilisation et de circonstances spécifiques. L'approche horizontale fondée sur les risques peut donner l'impression que tant que les exigences techniques énumérées sont respectées, l'utilisation de l'intelligence artificielle ne pose plus de problème.

Le CCBE considère que la proposition devrait contenir des dispositions visant des risques spécifiques dans des circonstances spécifiques, tels qu'un risque de procès non équitable si les parties à une affaire n'ont pas la possibilité d'évaluer, de discuter et de soulever des objections contre les résultats produits par un outil d'intelligence artificielle qui a été utilisé dans le processus

¹ Considérant 40 de la proposition.

de décision judiciaire. Afin de garantir le respect des droits fondamentaux et du droit à un procès équitable, il convient d'indiquer clairement et explicitement que le règlement proposé n'exclut pas l'établissement de règles générales supplémentaires restreignant ou interdisant davantage l'utilisation de l'intelligence artificielle dans les domaines de la justice, y compris les enquêtes judiciaires menées par les autorités répressives.

En conséquence, l'utilisation d'outils d'intelligence artificielle doit être conciliée avec les principes fondamentaux qui régissent le processus judiciaire et garantissent un procès équitable, y compris, par exemple, le principe du contradictoire, l'égalité des armes et l'impartialité des tribunaux. Même s'il est tentant de tout sacrifier à l'efficacité, ces droits fondamentaux doivent rester garantis à toutes les parties en quête de justice.

B. Systèmes d'intelligence artificielle interdits

Le CCBE se félicite de l'interdiction, à l'article 5 de la proposition, de certaines pratiques d'intelligence artificielle qui contredisent les valeurs européennes de respect de la dignité humaine, de la liberté, de l'égalité, de la démocratie, de l'état de droit et des droits fondamentaux de l'Union, y compris le droit à la non-discrimination, la protection des données et de la vie privée et les droits de l'enfant.

Cependant, le CCBE regrette que **ces interdictions soient trop limitées dans leur portée et comportent de larges exceptions**. Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne l'utilisation de l'intelligence artificielle pour la **notation sociale** (article 5.1.c.) et l'utilisation de **systèmes d'identification biométrique** à distance dans les espaces accessibles au public à des fins de maintien de l'ordre (article 5.1.d.).

Le CCBE approuve l'avis conjoint du Comité européen de la protection des données (« EDPB ») et du Contrôleur européen de la protection des données (« CEPD ») sur la proposition, qui considère que les réglementations de l'intelligence artificielle à venir doivent interdire tout type de notation sociale et toute utilisation de l'intelligence artificielle pour la reconnaissance automatisée des caractéristiques humaines dans les espaces accessibles au public ou l'utilisation de la biométrie par les systèmes d'intelligence artificielle pour classer les individus en groupes².

En ce qui concerne la notation sociale, l'interdiction prévue par la proposition est fragilisée par les deux conditions énoncées à l'article 5 (c) (i) et (ii), à savoir « dissociés du contexte » et « injustifié ou disproportionné », dont la formulation peut laisser place à une interprétation large permettant de passer outre l'interdiction. En outre, l'interdiction devrait être étendue à la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle par les entreprises, et ne pas être limitée aux autorités publiques ou aux acteurs privés agissant en leur nom. Les effets de cette technologie sur la démocratie et l'état de droit ne peuvent aucunement être sous-estimés. Non seulement le droit à la vie privée et le droit à la vie familiale sont violés, mais les discriminations s'intensifient, et les citoyens peuvent se retrouver en opposition avec un État supérieur (avec une note défavorable). Dans certains cas, la présomption d'innocence sera *de facto* renversée par la note sociale et ses résultats. L'anonymat, y compris le fait de ne pas être noté pour des comportements spécifiques, est souvent la pierre angulaire pour pouvoir exercer pleinement ses droits fondamentaux. Les technologies de notation sociale compromettent, voire rendent impossible, l'exercice de ces droits.

² EDPB-EDPS, Avis conjoint 5/2021 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle), 18 juin 2021, points 29-35.

Le CCBE considère les systèmes d'identification biométrique ne devraient pas être mis en place tant qu'il n'est pas possible de garantir une conformité totale à la Charte des droits fondamentaux de l'UE et à la Convention européenne des droits de l'homme, y compris à la jurisprudence concernée. L'identification biométrique tend à présenter de graves lacunes qui mettent en danger les droits des citoyens. En outre, l'utilisation généralisée des systèmes d'identification biométrique peut présenter des risques graves pour une société ouverte et pluraliste si elle n'est pas utilisée de manière proportionnée à un objectif visé, tel que la sécurité publique. Dans de nombreuses situations, l'anonymat est la principale garantie de liberté, et les techniques d'identification biométrique qui balaient des zones importantes de l'espace public mettent cette liberté en danger. Plus elles sont précises et plus leur utilisation est répandue, plus elles deviennent dangereuses pour les droits fondamentaux.

Le CCBE précise également que la proposition devrait être renforcée par **l'interdiction de la prise de décision automatisée par les systèmes d'intelligence artificielle dans le domaine de la justice.**

Le CCBE considère que le juge ne devrait pas être autorisé à déléguer tout ou partie de son pouvoir de décision à un outil d'intelligence artificielle. La proposition devrait dès lors interdire la prise de décision automatisée par les systèmes d'intelligence artificielle dans le domaine de la justice, y compris les systèmes qui encouragent la tentation de ne faire qu'entériner des décisions préparées par des systèmes d'intelligence artificielle. En tout état de cause, le droit à un juge naturel doit être garanti à tous les stades de la procédure.

C. Systèmes d'intelligence artificielle à haut risque

Le CCBE se félicite de la classification de certains systèmes d'intelligence artificielle en systèmes « à haut risque », en particulier les systèmes liés à la répression, à la gestion de la migration, de l'asile et des contrôles aux frontières, et à l'administration de la justice (annexe III, points 6, 7 et 8). Le CCBE formule néanmoins les commentaires suivants :

1. Systèmes d'intelligence artificielle utilisés à des fins répressives

Tel qu'expliqué dans sa réponse au Livre blanc sur l'intelligence artificielle, le CCBE considère que l'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes de justice pénale et les services répressifs pose de nombreux problèmes, tels que les **préjugés inhérents** aux outils utilisés pour prédire la criminalité ou évaluer le risque de récidive. De telles **formes de discrimination** constituent une menace pour les droits des citoyens. Au-delà des préjugés et de la discrimination, les droits fondamentaux risquent d'être mis à mal par l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle qui remplacent les évaluations individuelles nécessaires par des calculs statistiques ou des évaluations de probabilités. Ces outils ne s'appliquent pas correctement aux circonstances d'un individu, mais reposent sur des calculs statistiques ou actuariels dérivés de l'examen d'une population générale ou d'un échantillon supposé représentatif de celle-ci.

Il a été démontré qu'un certain nombre de systèmes de police prédictive reflètent des préjugés dans l'ensemble de données sur lequel ils ont été élaborés ou dans les caractéristiques du système. Ces systèmes ont tendance à inclure de manière disproportionnée des personnes issues de certains groupes. Cela est dû au fait que les statistiques criminelles utilisées pour former les systèmes reflètent l'activité de la police plutôt que les infractions commises. L'activité de la police à l'égard de certains groupes sociaux ou ethniques peut être disproportionnellement plus élevée que par rapport à d'autres groupes : les systèmes construits sur de tels ensembles de données refléteront les condamnations obtenues à l'égard de ces groupes, par opposition au nombre d'infractions réellement commises par des personnes appartenant à ces groupes par rapport aux infractions commises par des membres

d'autres groupes faisant l'objet d'une surveillance moins intensive. L'outil d'intelligence artificielle reflétera donc les préjugés de la police. Les systèmes de police prédictive peuvent porter atteinte à la présomption d'innocence en traitant des personnes comme individuellement suspectes à partir de déductions concernant un groupe plus large.

Les résultats des outils d'évaluation des risques dans le système de justice pénale et en cours d'instruction, tels que les algorithmes de profilage des individus dans les procès, constituent de graves menaces pour les droits fondamentaux. Ces outils fondent leurs évaluations sur une vaste collecte de données personnelles sans rapport avec la faute présumée de la personne mise en examen. En outre, certains systèmes de police prédictive peuvent également prendre en compte le nombre de fois où une personne a été soupçonnée d'une infraction, que cette personne ait été condamnée par la suite ou non. Ce recueil de données à caractère personnel dans le but de prédire le risque de récidive ne peut être considéré ni comme nécessaire ni comme proportionnée à l'objectif poursuivi, notamment au regard des implications envers le droit à la vie privée et la présomption d'innocence. En outre, des preuves substantielles ont montré que l'instauration de tels systèmes dans les systèmes de justice pénale en Europe et ailleurs a conduit à des résultats injustes et discriminatoires³.

En outre, le recours à l'intelligence artificielle dans le domaine de l'informatique légale et de l'évaluation des risques de récidive se heurte à des difficultés étant donné que les modes de fonctionnement spécifiques des algorithmes ne sont généralement **pas divulgués** aux personnes concernées par le résultat de leur utilisation. Le défendeur ne peut donc pas contester les prédictions faites par les algorithmes.

Une autre source d'inquiétude concerne **l'inégalité des armes** qui peut survenir entre les capacités plus avancées dont les procureurs peuvent disposer et les ressources plus limitées à la portée des avocats.

Dans sa **résolution sur l'intelligence artificielle en droit pénal et son utilisation par les autorités policières et judiciaires dans les affaires pénales**, adoptée le 6 octobre 2020, le Parlement européen s'inquiète du fait que l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle à des fins répressives pourrait éventuellement conduire à une surveillance de masse violant les principes essentiels de l'UE de proportionnalité et de nécessité. À cet égard, la résolution met en évidence le potentiel de préjugé et de discrimination des algorithmes sur lesquels reposent les systèmes d'intelligence artificielle et d'apprentissage automatique. Elle souligne que **les systèmes d'identification reposant sur l'intelligence artificielle sont inexacts et peuvent identifier à tort des minorités ethniques et que les prédictions alimentées par l'intelligence artificielle peuvent amplifier les discriminations existantes, une préoccupation dans le contexte répressif et du système judiciaire**⁴.

Le CCBE fait remarquer que la disposition de l'annexe III.6.a. (qui permet aux systèmes d'intelligence artificielle d'évaluer le risque d'infraction) crée un risque de violation du principe de la présomption d'innocence.

En outre, comme indiqué ci-dessus, ces systèmes d'intelligence artificielle peuvent réaliser leurs prédictions à partir d'ensembles de données biaisés ou de considérations incorrectes, comme le fait qu'une personne ait été « soupçonnée » d'une infraction. Des menaces pour les droits fondamentaux découlent également de l'évaluation du risque de « récidive » et du « risque pour les victimes potentielles d'infractions pénales », lorsque les systèmes d'intelligence artificielle peuvent être utilisés dans un but différent de celui initialement prévu. Le CCBE considère que le droit à un procès équitable commence par une enquête équitable. Par conséquent, la proposition

³ Voir le rapport de Fair Trials du 9 septembre 2021 : « *Automating injustice: the use of Artificial intelligence & Automated decision-making systems in Criminal justice in Europe* ».

⁴ Résolution du Parlement européen du 6 octobre 2021 sur l'intelligence artificielle en droit pénal et son utilisation par les autorités policières et judiciaires dans les affaires pénales (2020/2016(INI)).

devrait exclure définitivement l'utilisation d'outils d'intelligence artificielle aux fins de ce que l'on appelle la « police prédictive » et aux fins de la détermination des risques de récidive en tant qu'aide à la prise de décisions concernant l'octroi de la liberté sous caution, l'imposition d'une peine à la suite d'une condamnation, la prise de décisions concernant la probation et, de manière générale, pendant les poursuites et le procès.

Le CCBE souligne que la reconnaissance des systèmes d'intelligence artificielle utilisés à des fins répressives à l'annexe III, point 6, pourrait légitimer des pratiques qui pourraient tendre à porter atteinte aux droits fondamentaux. Par conséquent, les principes de transparence et d'explicabilité doivent être strictement respectés. Dans les cas où la manière dont un système d'intelligence artificielle produit un résultat n'est pas transparente ou lorsque ce résultat ne peut pas être suffisamment expliqué, le résultat ne doit pas être pris en compte par un service répressif.

En tout état de cause, les résultats des systèmes d'intelligence artificielle à des fins répressives ne doivent pas être admis comme preuves dans une procédure judiciaire ultérieure. Ces sorties doivent être retirées du dossier de la Cour.

2. Les systèmes d'intelligence artificielle et l'administration de la justice

Tel qu'indiqué ci-dessus, le CCBE considère que, s'ils sont déployés, les outils d'intelligence artificielle doivent être correctement adaptés à l'environnement de la justice, en tenant compte des principes et de l'architecture procédurale qui sous-tendent les procédures judiciaires. Le CCBE se félicite de la classification par la proposition, y compris l'annexe III.8, de l'utilisation des systèmes d'intelligence artificielle dans le domaine de la justice comme étant à haut risque, « *compte tenu de leur incidence potentiellement significative sur la démocratie, l'état de droit, les libertés individuelles ainsi que le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* »⁵.

Le CCBE note que, reflétant le considérant 40, l'annexe III.8 prévoit une exception pour les « *les systèmes d'intelligence artificielle destinés à aider les autorités judiciaires à rechercher et à interpréter les faits et la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits* ». Le CCBE considère néanmoins que cette formulation n'est pas claire et qu'elle devrait être éclaircie.

a) Exclusion de la prise de décision autonome

Tel qu'indiqué ci-dessus, le CCBE considère que la proposition devrait prévoir le principe de non-délégation du pouvoir de décision des juges et le droit à un juge naturel. Par conséquent, le rôle des outils d'intelligence artificielle, tel que présenté à l'annexe III.8, devrait être défini de manière que l'utilisation des outils n'interfère pas avec le pouvoir de décision autonome du juge.

En aucun cas le juge ne doit déléguer tout ou partie de son pouvoir de décision à un outil d'intelligence artificielle. Les outils d'intelligence artificielle ne devraient ni limiter ni réglementer le pouvoir de décision du juge, par exemple en servant à prendre une décision automatisée. Les dispositions doivent également empêcher les systèmes d'intelligence artificielle de préparer des décisions qui n'ont besoin que d'être entérinées par des juges naturels. Lorsque la décision du juge est partiellement fondée sur des éléments résultant de l'utilisation d'un outil d'intelligence artificielle, l'utilisation de cet outil ainsi que la pertinence et l'applicabilité de ses résultats doivent être correctement justifiées et expliquées dans la décision.

Le CCBE rappelle que dans sa communication sur la numérisation de la justice au sein de l'UE, la Commission européenne a souligné les « *risques considérables* » liés à l'utilisation d'applications reposant sur l'intelligence artificielle pour la prise de décision automatisée et la justice prédictive et a

⁵ Considérant 40 de la proposition.

souligné que « l'utilisation des outils d'IA peut soutenir le pouvoir de décision des juges ou l'indépendance judiciaire, mais ne doit pas interférer avec ceux-ci ». La Commission a conclu : « La décision finale doit toutefois rester une activité et une décision du ressort d'un être humain »⁶.

À cet égard, l'annexe III.8 et le considérant 40 devraient préciser que l'utilisation d'un système d'intelligence artificielle pour « assister » les autorités judiciaires ne devrait pas être autorisée pour prendre une décision judiciaire susceptible d'avoir un effet juridique important sur des personnes physiques ou morales. Tel qu'indiqué dans la communication sur la numérisation de la justice au sein de l'UE, la proposition devrait exiger que non seulement la décision finale elle-même, mais aussi l'ensemble du processus décisionnel, restent une activité humaine.

En outre, pour éviter toute tendance à ce que les décisions rendues par l'intelligence artificielle soient simplement signées par un juge, la proposition doit clairement prévoir le droit à un juge naturel, tel qu'évoqué ci-dessus et souligné dans la Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement⁷.

b) Définition des autorités judiciaires

Bien que la proposition classe les systèmes d'intelligence artificielle destinés à assister les autorités judiciaires comme étant à haut risque, **le CCBE regrette l'absence d'une définition spécifique du terme « autorités judiciaires ». Une définition claire de ce terme est essentielle afin d'établir plus clairement le champ d'application de la disposition.**

Cette clarification est d'une importance capitale pour éviter tout risque d'interprétations divergentes du sens du terme « autorité judiciaire », tout en précisant le cadre dans lequel s'appliquent les obligations relatives aux systèmes d'intelligence artificielle à haut risque. En outre, il convient de noter que l'absence antérieure de définition du terme « autorité judiciaire » a conduit à un certain nombre d'affaires devant la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale.

À cet égard, dans des affaires concernant l'interprétation de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, la Cour a jugé que la notion d'« autorité judiciaire », au sens de cette décision-cadre, est une **notion autonome du droit de l'Union**⁸, considérant que le sens et la portée de cette notion « ne sauraient être laissés à l'appréciation de chaque État membre » et que cette notion « requiert, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme »⁹.

Selon la Cour, les termes « autorité judiciaire [...] ne se limitent pas à désigner les seuls juges ou juridictions d'un État membre, mais permettent de couvrir, plus largement, les autorités appelées à participer à l'administration de la justice dans l'ordre juridique concerné »¹⁰.

⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Numérisation de la justice au sein de l'Union européenne - Une panoplie de possibilités », COM(2020) 710 final, 2.12.2020, p.10-11.

⁷ Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, décembre 2018, page 8 : « Lorsque les outils d'intelligence artificielle sont utilisés pour trancher un litige ou en tant qu'outils d'aide à la décision judiciaire ou d'orientation du justiciable, ils ne doivent pas porter atteinte aux garanties du droit d'accès au juge et du procès équitable (égalité des armes et respect du contradictoire) ».

⁸ CJUE, 10 novembre 2016, Krzysztof Marek Poltorak, C452/16 -PPU, §52 ; CJUE, 10 novembre 2016, Ruslanas Kovalkovas, C477/16 -PPU, §48.

⁹ Krzysztof Marek Poltorak, C452/16 -PPU, §§31-32.

¹⁰ *Ibid*, §33

En conséquence, le CCBE considère que les dispositions de la proposition devraient clairement définir ce que l'on entend par « autorité judiciaire » aux fins de la proposition, et que cette définition devrait reposer sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

c) la notion d'un « ensemble concret de faits »

Le CCBE fait remarquer que la formulation « *ensemble concret de faits* » à l'annexe III.8 suscite des inquiétudes en raison du fait que, dans de nombreuses procédures judiciaires, l'ensemble des faits évolue constamment au cours du processus judiciaire. Cela nécessite de définir le stade de la procédure auquel il est possible d'admettre qu'il existe un « *ensemble concret de faits* » et que l'intelligence artificielle est utilisable. En outre, l'utilisation du terme « *concret* » n'est pas claire quant à savoir s'il s'agit d'une condition préalable à l'utilisation d'un système d'intelligence artificielle, ce qui crée une telle incertitude que le CCBE recommande la suppression de cette exception.

Le CCBE considère dès lors que la possibilité pour un système d'intelligence artificielle d'appliquer la loi à un « ensemble concret de faits » doit être supprimée en modifiant la formulation du considérant 40 et de l'annexe III.8.

3. Systèmes d'intelligence artificielle et gestion des migrations, de l'asile et des contrôles aux frontières

Les exemples de plus en plus nombreux d'utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine du contrôle des migrations représentent une menace croissante pour les droits fondamentaux des migrants, pour le droit de l'Union et pour la dignité humaine.

Les politiques migratoires de l'UE sont de plus en plus soutenues par des systèmes d'intelligence artificielle, tels que la reconnaissance faciale, le profilage et les outils prédictifs utilisés dans les processus de gestion de la migration, y compris pour le retour forcé. Ces cas d'utilisation peuvent violer les droits de protection des données, le droit à la vie privée, le droit à la non-discrimination et divers principes du droit international de la migration, notamment le droit de demander l'asile.

Compte tenu de ces préoccupations et de l'important déséquilibre de pouvoir que ces déploiements exacerbent et exploitent, le CCBE considère qu'il devrait y avoir une interdiction ou un moratoire sur l'utilisation des technologies automatisées dans le contrôle des frontières et des migrations jusqu'à ce qu'elles fassent l'objet d'une évaluation indépendante de leur conformité aux normes internationales en matière de droits humains.

4. Considérations sur les autres systèmes d'intelligence artificielle à haut risque

Les systèmes d'intelligence artificielle sont utilisés dans l'attribution des droits et avantages sociaux et économiques afin de vérifier l'identité et de déterminer l'accès à l'aide sociale. Tout cela a des répercussions importantes sur l'accès des personnes aux services publics vitaux et donc sur le droit fondamental des citoyens à la sécurité sociale et à l'assistance sociale. Le risque de profilage discriminatoire ou de faux résultats va de pair avec les risques découlant du traitement de données biométriques sensibles. Dans plusieurs pays, l'utilisation de systèmes automatisés de prise de décision pour faire le profil des chercheurs d'emploi a montré de graves implications en termes de discrimination et de protection des données. En outre, des risques similaires découlent du suivi intensif

des objectifs de performance des travailleurs et des étudiants et d'autres mesures les concernant. En témoignent les cas d'utilisation discriminatoire des technologies d'intelligence artificielle à l'encontre des personnes handicapées par des entités publiques et privées dans l'attribution des prestations sociales et l'accès à l'éducation.

Dans ces domaines, le CCBE considère qu'il est nécessaire de restreindre l'utilisation et l'application de systèmes d'intelligence artificielle qui violent l'accès aux droits et avantages sociaux. En outre, le CCBE appelle les institutions européennes à inclure les groupes ou les personnes menacés d'exclusion, les minorités et les autres groupes potentiellement affectés dans le développement de leur législation et de leurs politiques en matière d'intelligence artificielle.

D. Obligations de transparence

Le CCBE se félicite des obligations qui doivent être appliquées aux systèmes d'intelligence artificielle à haut risque, y compris l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice. Le CCBE rappelle néanmoins que les principes de transparence et d'explicabilité sont extrêmement importants dans les affaires de droit pénal. Dans les cas où la décision est susceptible de reposer sur les données ou les résultats fournis par un outil d'intelligence artificielle, les parties ou leurs avocats devraient avoir la possibilité d'accéder à cet outil et d'évaluer ses caractéristiques, les données utilisées et la pertinence des résultats qu'il fournit. En conséquence, les « logiciels d'apprentissage » ne devraient être utilisés que dans la mesure où il serait encore possible de vérifier comment la machine a atteint le résultat proposé et de distinguer les éléments résultant de l'utilisation de l'intelligence artificielle de la réflexion personnelle du juge.

Au-delà de l'approche plus ciblée demandée pour la justice, le CCBE considère donc qu'une indication spéciale est nécessaire à l'article 13 concernant le fait que les systèmes d'intelligence artificielle, s'ils sont utilisés dans le système judiciaire, ne font pas obstacle au droit à un procès équitable et ne violent pas les droits de la défense. Par ailleurs, étant donné que la manière dont certains systèmes d'intelligence artificielle produisent leurs résultats peut ne pas être raisonnablement explicable (le problème de la « boîte noire »), et que l'exigence de transparence peut ne pas toujours être satisfaite, que ce soit pour cette raison ou pour une autre, la proposition doit prévoir d'autres garanties, par exemple le fait que le résultat fourni par un outil d'intelligence artificielle ne doit pas être pris en compte en cas de doute ou lorsque les exigences de transparence ou d'explicabilité ne sont pas satisfaites.

Le CCBE prend note de l'exception énoncée à l'article 52 aux obligations de transparence s'appliquant à certains systèmes d'intelligence artificielle destinés à interagir avec des personnes physiques, à savoir que « *cette obligation ne s'applique pas aux systèmes d'IA dont la loi autorise l'utilisation à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, sauf si ces systèmes sont mis à la disposition du public pour permettre le signalement d'une infraction pénale* ».

Le CCBE considère que cette exception est excessive et pourrait mettre en péril le droit à un procès équitable. Le CCBE se félicite des conclusions du CEPD et de l'EDPB qui considèrent que « *le fait que l'obligation de transparence ne s'applique pas aux systèmes d'intelligence artificielle utilisés pour détecter, prévenir, enquêter ou poursuivre des infractions pénales est une exception trop large. Une distinction doit être faite entre les systèmes d'intelligence artificielle qui sont utilisés pour détecter ou prévenir et les systèmes d'intelligence artificielle qui visent à enquêter ou à aider à la poursuite d'infractions pénales. Les garanties en matière de prévention et de détection doivent être plus fortes en raison de la présomption d'innocence. En outre, l'EDPB et le CEPD regrettent l'absence d'avertissements dans la proposition, qui peut être interprétée comme un feu vert à l'utilisation de*

systemes ou d'applications d'intelligence artificielle pouvant même ne pas avoir fait leurs preuves et étant à haut risque »¹¹.

Le CCBE considère donc que cette exception proposée au principe de transparence pour certains systèmes d'intelligence artificielle devrait être supprimée.

E. La nécessité de règles de responsabilité

Le CCBE regrette l'absence de dispositions concernant les conséquences de la responsabilité découlant de l'utilisation de l'intelligence artificielle. En effet, certains changements importants doivent être apportés au cadre législatif actuel en raison des différences fondamentales qui existent entre les produits traditionnels et les produits d'intelligence artificielle, en particulier en ce qui concerne les notions de produit, de faute et de défaut.

Cela semble particulièrement nécessaire étant donné que l'application de la législation sur la responsabilité du fait des produits aux systèmes d'intelligence artificielle et l'indemnisation des dommages habituellement causés par ces systèmes peuvent être contestées. Par exemple, même la désignation des applications logicielles comme étant des produits est sujette à controverse, du moins dans certains États membres. De même, l'indemnisation des dommages immatériels et pécuniaires n'est généralement pas prévue par les lois sur la responsabilité du fait des produits.

La réglementation des applications d'intelligence artificielle, sans une répartition équitable des risques associés, peut conduire à imposer involontairement ces risques aux consommateurs.

Le CCBE considère que des dispositions spécifiques doivent être adoptées sur les questions de responsabilité en matière d'intelligence artificielle plutôt que de modifier la directive en matière de responsabilité du fait des produits. Des aspects tels que la réparation des dommages et l'attribution de la responsabilité, ainsi que les règles relatives à la charge de la preuve, devraient être réglementés au niveau européen.

Les questions suivantes doivent être prises en compte lors de la modification du cadre législatif actuel :

- **la notion de produit ;**
- **le manque de prévisibilité dans le fonctionnement des systèmes d'intelligence artificielle ;**
- **le destinataire de la responsabilité ;**
- **les défenses ;**
- **le types de dommage et les victimes ;**
- **la règle de la preuve et le renversement de la charge de la preuve dans certaines situations ; et**
- **la question de savoir si l'assurance doit être obligatoire.**

¹¹ EDPB-EDPS, Avis conjoint 5/2021 sur la proposition, 18 juin 2021, point 70.