



Les enjeux juridiques des algorithmes prédictifs

0

19 Nov 2015

algorithmes prédictifs, big data, données

by Aurelie Magniez

Les algorithmes prédictifs sont au cœur des enjeux économiques et éthiques de notre société. En effet, l'attrait que présentent les méthodes analytiques et outils prédictifs suscite l'intérêt d'une multitude d'organismes dans différents domaines, comme la finance, les assurances, le marketing...

Des utilisations variées

L'utilité des algorithmes pour optimiser le fonctionnement d'un certain nombre de services n'est pas discutable et concerne tous les secteurs économiques. Parmi les utilisations de ces algorithmes prédictifs, il est possible de citer :

- **le marketing prédictif** consistant en l'utilisation des algorithmes pour la détermination par exemple de la réceptivité des personnes à des textes ou offres promotionnels, du taux de performance de l'objet d'un e-mail publicitaire, ou encore du comportement des consommateurs, en vue notamment de l'amélioration de l'expérience utilisateur et d'une personnalisation des produits et services proposés ;
- **la détermination de scores de risques** : risques d'impayés ou de fraudes associés à une commande de produits ou services sur internet ou encore à une demande de crédit à la consommation par exemple, profils à risque parmi les passagers des compagnies aériennes, typologie de client risqué calculée par les compagnies d'assurance... Sur ce point, Facebook a d'ailleurs récemment annoncé la mise à disposition d'une fonctionnalité permettant aux sociétés de crédits à la consommation d'évaluer le risque associé à un client en fonction de ses amis sur le réseau ou de son comportement d'achat ;
- **les pronostics et prédictions de résultats** sportifs, électoraux... ;
- **la recherche de l'amélioration de la qualité de vie** : anticipation de l'affluence dans les transports en communs ou dans tout autre lieu ouvert au public, localisation de places de parking à une heure et dans un lieu donnés, services d'assistant personnel prédictif, prédiction sur les prix des billets d'avion afin de déterminer si un prix va augmenter ou baisser ou encore à quel moment les prix seront les plus bas... ;

- **le domaine culturel** : prédiction de la qualité littéraire d'un roman, de la rentabilité d'un film cinématographique, du succès de séries à proposer par les services de VOD ou encore des nominations aux oscars.

D'autres domaines, aux confins de l'éthique, ont également recours à ces techniques. C'est ainsi que se développent aujourd'hui :

- **la médecine prédictive** : à titre d'exemple, les algorithmes prédictifs sont utilisés pour la réalisation de diagnostics génétiques en vue de prédire quels seront les patients qui ont le plus de probabilité d'être atteints d'une pathologie donnée, ou encore pour déterminer les mutations génétiques impliquées dans le développement de certaines maladies. Pour une autre illustration, des chercheurs sont parvenus à créer un programme d'analyse linguistique ayant pour objectif de détecter chez un patient les risques de développer une psychose. Les services d'assistance et d'urgence se lancent également dans cette tendance, avec le déploiement d'algorithmes prédictifs permettant de prédire la gravité des blessures des occupants d'une voiture accidentée par exemple afin d'anticiper et d'organiser de manière adéquate l'arrivée des secours ou encore l'admission aux urgences d'un établissement hospitalier. De même, des outils d'aide au diagnostic clinique se développent et un calculateur de risque de décès à destination des 40-70 ans vient même de voir le jour.
- **la police prédictive** : dans ce cadre, les algorithmes prédictifs sont notamment utilisés par les forces de police et de gendarmerie en vue de déterminer les relations sociales entre des personnes dans le cadre d'enquêtes policières, et devraient à terme être utilisés en vue de prédire la commission de crimes ou de délits (des expériences sur ce point étant déjà menées à l'étranger).

Des enjeux juridiques

L'usage de plus en plus fréquent du "prédictif" conduit à faire émerger certaines sources de risques juridiques liées au développement de cette technologie.

En particulier, les technologies du prédictif nécessitent l'utilisation massive de données, et notamment de données à caractère personnel. Aussi, divers risques peuvent résulter de l'utilisation de telles données à des fins de prédiction algorithmique, notamment s'agissant de la loyauté et de la licéité de leur collecte. De même, compte tenu de la multitude et de la diversité de données nécessitée pour de tels traitements, un risque d'atteinte au principe de proportionnalité doit également être relevé ainsi qu'une éventualité de traitements de données sensibles ou interdites. Le risque d'un détournement de finalité est également un risque majeur pouvant être rencontré dans le cadre de la mise en œuvre de calculs algorithmiques à des fins prédictives.

En outre, l'utilisation de ces données à des fins d'analyse prédictive peut éventuellement induire une prise de décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne. Or, de telles décisions prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité sont, par principe, interdites.

Par ailleurs, un risque de pratiques commerciales déloyales reposant sur l'utilisation d'algorithmes prédictifs peut être relevé. En effet, les calculs et pratiques fondés sur les technologies prédictives font preuve d'une certaine complexité et d'une opacité pouvant conduire à de telles pratiques (ex : différenciation des prix en fonction des internautes). Aussi, une attention particulière doit être portée s'agissant de la transparence des opérations envisagées et des objectifs poursuivis, et ce d'autant qu'il existe communément une confiance abusive dans les résultats d'algorithmes perçus comme objectifs et infaillibles, alors qu'ils résultent en tout état de cause d'idées et de choix initiaux non nécessairement objectifs.

La gestion de ces risques en amont du déploiement des services de prédiction est d'autant plus structurante que le non-respect des dispositions applicables aux risques sus-identifiés fait l'objet de sanctions notamment pénales.

Un encadrement juridique de ces pratiques doit donc être déployé et des précautions particulières prises afin de veiller à la sécurisation juridique des projets s'appuyant sur l'utilisation d'algorithmes prédictifs.

Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs relevé dans un rapport dédié en partie à ces technologies. En effet, conscient de la croissance exponentielle de cette nouvelle technologie et des défis associés, le Conseil d'Etat invitait d'ailleurs l'année dernière les pouvoirs publics, dans un rapport portant sur « Le numérique et les droits fondamentaux » (CE, « Le numérique et les droits fondamentaux, 9-9-2014, Les rapports du Conseil d'Etat – La documentation française : <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>), à prendre la mesure du rôle joué par les algorithmes et à concevoir l'encadrement de leur utilisation, et relevait les divers risques juridiques précités liés à leur utilisation.

Au regard de l'ensemble des risques identifiés et des contraintes juridiques applicables, le Conseil d'Etat avait alors émis dans son rapport précité plusieurs propositions visant à encadrer spécifiquement l'utilisation des algorithmes prédictifs et allait même jusqu'à préconiser de définir un véritable droit des algorithmes prédictifs.

Des interrogations juridiques

Outre ces risques juridiques, de nombreuses interrogations se posent s'agissant notamment de la question de la responsabilité. En effet, les algorithmes prédictifs constituent, au regard des prédictions réalisées, un véritable outil d'aide à la prise de décision. Des difficultés peuvent donc en résulter en termes de répartition des responsabilités associées. Ces difficultés se posent par exemple dans les relations entre les fournisseurs de technologies et les professionnels utilisateurs, mais également à l'égard des consommateurs ou bénéficiaires finaux de ces technologies.

A titre d'illustration, dans le domaine de la médecine prédictive, un médecin réalisant un diagnostic au moyen d'un outil de prédiction est-il déchargé de toute responsabilité ? Qui est responsable d'une erreur dans la détermination du niveau d'urgence en vue de la prise en charge d'un patient au regard d'une analyse prédictive ? Comment encadrer ou limiter cette responsabilité ? Quels aspects anticiper dans le cadre de la contractualisation avec les professionnels de santé et /ou les patients ?

De même, dans la mesure où les outils reposant sur l'utilisation d'algorithmes prédictifs visent à une prise de décision, alors se pose la question du devoir de conseil pesant sur le fournisseur de l'outil aux fins d'utilisation de celui-ci mais également sur l'utilisateur de l'outil pouvant potentiellement être amené à prendre des décisions concernant autrui. Comment concilier ce devoir de conseil avec le principe même des technologies du prédictif ? Quelles obligations faire peser et sur quels acteurs ? L'utilisation d'algorithmes prédictifs par un professionnel dans le cadre de son activité lui permet-elle de s'exonérer de son devoir de conseil au profit d'une confiance pure et simple en la technologie ?

Enfin, la question de la preuve est également structurante, qu'il s'agisse de déterminer la validité et la force probante des informations restituées grâce à un algorithme (si cette question se pose dans le cadre de toute utilisation de cette technologie, elle est particulièrement prégnante s'agissant par exemple des pratiques de police prédictive), ou encore de démontrer la véracité des résultats obtenus au moyen d'algorithmes prédictif.

Autant de questions que la conception d'outils fondés sur des algorithmes de prédiction impose de se poser (et d'y répondre) avant tout déploiement effectif.

Les organismes recourant aux techniques algorithmiques d'analyse prédictive doivent donc être sensibilisés aux contraintes et aspects juridiques à maîtriser pour déployer leurs dispositifs en toute légalité et à la nécessité de procéder à un audit juridique de ces pratiques en amont de leur déploiement afin de sécuriser leur utilisation.



Laure Landes-Gronowski
Avocat, Directeur de l'activité Commerce électronique
Cabinet Alain Bensoussan – Avocats, Lexing



Alain Bensoussan-Avocats est un cabinet d'avocat entièrement dédié au droit des technologies avancées depuis 1978. Pour la 4^e année consécutive depuis 2010, il a été distingué par ses pairs, « Best Lawyer » de l'année en « Droit des Technologies ».

Site : <http://www.alain-bensoussan.com/>