

DECISION INDIVIDUELLE AUTOMATISEE

Art. 38B nLIPAD

FICHE
INFO DU
PPDT

EN RESUME

L'introduction de la notion de décision individuelle automatisée dans les lois de protection des données personnelles s'est avérée nécessaire, car ces décisions sont de plus en plus fréquentes en raison du développement technologique (outils de profilage, utilisation de l'intelligence artificielle). Le but des réglementations est d'éviter que les personnes concernées ne subissent ces décisions, émanant uniquement de machines.

L'art. 38B nLIPAD régit les droits de la personne concernée en cas de décision individuelle automatisée.

La présente fiche info a pour buts de rappeler les bases légales en la matière, de définir en quoi consiste une décision individuelle automatisée, en donnant quelques exemples pratiques, puis de rappeler les obligations du responsable de traitement. Finalement, la procédure de réclamation, prévue en l'espèce, sera décrite.

La présente fiche info se fonde sur la contribution écrite et orale de M. François Charlet pour le PPDT.

CONTEXTE

Depuis le 1^{er} septembre 2023, au niveau fédéral, la loi sur la protection des données révisée (LPD ; RS 235.1) contient des dispositions spécifiques relatives aux décisions individuelles automatisées (DIA). L'article 21 LPD définit et encadre ces décisions, prises exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé et qui ont des effets juridiques pour la personne concernée ou l'affectent de manière significative.

Dans cette lignée, à Genève, la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RSGE A 2 08) a été modifiée, afin de l'adapter aux développements technologiques et juridiques intervenus depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2002, soit notamment les réformes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne en matière de protection des données personnelles et la révision du droit fédéral qui en découle. Une nouvelle base légale cantonale — qui s'inspire en grande partie de la nouvelle LPD — a, dès lors, été adoptée.

En effet, selon l'exposé des motifs accompagnant la loi, *"l'introduction de la notion de décision individuelle automatisée est nécessaire car ces décisions sont de plus en plus fréquentes en raison du développement technologique"* (PL 13347, p. 69¹).

BASES LÉGALES

Définition de la décision individuelle automatisée – art. 4 litt. m nLIPAD

La décision individuelle automatisée est définie à l'art. 4 litt. m nLIPAD comme *"toute décision prise exclusivement sur la base d'un traitement automatisé de données, y compris le profilage, et qui a des effets juridiques sur la personne concernée ou qui l'affecte de manière significative."*

Droits de la personne concernée en cas de décision individuelle automatisée – art. 38B nLIPAD

L'art. 38 B nLIPAD régit les droits de la personne concernée en cas de décision individuelle automatisée et prévoit ce qui suit :

¹ <https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL13347.pdf>



¹ Le responsable du traitement informe la personne concernée de toute décision qui est prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé et qui a des effets juridiques pour elle ou l'affecte de manière significative.

² A la demande de la personne faisant l'objet d'une décision individuelle automatisée, le responsable du traitement lui communique la logique et les critères à la base de celle-ci. Cette demande ne suspend pas le délai visé à l'alinéa 3.

³ Toute personne faisant l'objet d'une décision individuelle automatisée peut former une réclamation, dans les 30 jours à compter de sa notification, auprès de son auteure ou auteur.

⁴ La décision sur réclamation ne peut pas être rendue de manière automatisée.

⁵ Les dispositions de la législation spéciale qui prévoient déjà une procédure de réclamation sont réservées.

EN QUOI CONSISTE UNE DÉCISION INDIVIDUELLE AUTOMATISÉE ?

Une décision individuelle automatisée (DIA) est définie selon trois critères cumulatifs, qui doivent tous être présents pour qu'on puisse parler d'une DIA au sens juridique. Il sied de préciser que ces critères font appel à des notions indéterminées qui seront vraisemblablement précisées au fil du temps par la jurisprudence.

1. Il s'agit d'une **décision**. Ce terme désigne un acte qui détermine ou influence des droits ou obligations. La notion de décision est interprétée de manière large et ne se limite pas aux décisions administratives formelles². Même des évaluations qui servent de base décisive à des décisions ultérieures peuvent être considérées comme des DIA³. Une décision doit présenter un certain degré de complexité ; les décisions de type « si-alors » (if-then) simples ne sont généralement pas considérées comme des DIA.
2. La décision est **prise exclusivement sur la base d'un traitement automatisé** (à savoir par des moyens technologiques, tels que l'application d'un raisonnement algorithmique). Cela signifie qu'aucune intervention humaine significative n'a lieu dans le processus décisionnel. Une simple validation formelle par un humain, sans réelle possibilité d'influencer le résultat, ne suffit pas pour échapper à cette qualification. Pour qu'une intervention humaine soit considérée comme significative, elle doit impliquer que l'humain :
 - dispose d'une réelle marge d'appréciation et peut s'écarter de la proposition automatisée ;
 - possède les compétences appropriées pour prendre la décision ou a les capacités et aptitudes pour pouvoir vérifier la proposition automatisée ;
 - ait accès à toutes les données utilisées par le système ;
 - intervienne avant que la décision ne soit rendue.
3. La décision a des **effets juridiques ou affecte de manière significative la personne concernée** : les effets juridiques renvoient à un impact sur les droits et obligations légales de la personne. L'affectation significative couvre des situations où, sans créer directement des droits ou obligations, la décision influence de manière importante la vie de la personne concernée, par exemple qu'elle soit durablement entravée sur le plan économique ou personnel. Ces effets doivent présenter une certaine gravité pour que la décision soit qualifiée de DIA. Une simple nuisance n'est pas suffisante.

EXEMPLES

Exemples possibles de DIA

- Décisions de taxation fiscale. Lorsqu'un système calcule automatiquement les impôts sur la base de la déclaration du contribuable, des pièces communiquées et des barèmes applicables, puis notifie directement la décision de taxation sans intervention humaine.
- Amendes d'ordre pour excès de vitesse. Lorsque des radars automatisés traitent les infractions et envoient automatiquement les amendes aux conducteurs contrevenants.

² Ainsi, un refus de candidature rendu par un système automatisé basé sur de l'intelligence artificielle est une DIA, sans être pour autant une décision au sens de l'art. 4 LPA.

³ CJUE, décision du 7 décembre 2023 dans l'affaire Schufa Holding, C-634/21.

DECISION INDIVIDUELLE AUTOMATISEE

Art. 38B nLIPAD

FICHE
INFO DU
PPDT

- Traitement des demandes de visa. Lorsque le système analyse les dossiers, les compare avec des bases de données de sécurité et notifie automatiquement la décision.
- Décisions sur l'éligibilité aux aides sociales. Lorsque le système analyse automatiquement les revenus, la situation financière et familiale d'un citoyen, détermine son droit à certaines prestations et notifie la décision.
- Attribution des places dans des crèches ou écoles. Lorsqu'un algorithme traite les inscriptions et décide de l'attribution sans intervention humaine.

Exemples de décisions ne constituant pas une DIA

- Thermostat intelligent ajustant automatiquement la température. Bien qu'il puisse s'agir d'une décision prise exclusivement sur la base d'un traitement automatisé de données personnelles, elle n'a pas d'effets juridiques ou d'impact significatif sur la personne.
- Examen théorique du permis de conduire. Bien qu'il y ait une décision automatisée avec des effets juridiques, elle n'est pas considérée comme « individuelle » au sens de la loi, puisqu'elle ne repose pas sur l'analyse de données personnelles, mais uniquement sur les réponses aux questions lors de l'examen.
- Décisions où un humain intervient de manière significative. Un outil d'aide à la décision propose une solution, mais un humain examine réellement le dossier et peut s'écarter de cette proposition en exerçant un véritable pouvoir d'appréciation. Par contre, si un humain ne fait qu'appliquer la décision automatique sans pouvoir d'appréciation, ce sera une DIA.
- Formulaire électroniques. Bien qu'ils structurent la collecte d'informations, ils ne constituent pas en eux-mêmes des DIA, mais peuvent être un prélude à de telles décisions.
- Évaluations automatisées qui ne sont pas directement appliquées. Si le résultat d'une analyse automatisée n'est qu'un élément parmi d'autres pris en considération par un humain qui conserve une réelle liberté de décision, il ne s'agit pas d'une DIA (sauf si cette évaluation est « déterminante » pour la décision finale).

OBLIGATIONS À RESPECTER EN CAS DE DIA

1. **Droit à l'information** (alinéa 1) : la personne concernée doit être informée qu'une DIA a été prise à son égard. Les Préposés sont d'avis que les droits sous-jacents (droit à la transparence algorithmique et droit de réclamation) devraient également figurer dans la DIA.
2. **Droit à la transparence algorithmique** (alinéa 2) : à sa demande, le responsable du traitement doit communiquer à la personne concernée la logique et les critères à la base de la DIA. Cette garantie permet à la personne concernée d'apprécier le bien-fondé de la DIA. Elle est prévue par l'article 9, chiffre 1, lettre d, de la Convention 108+, qui stipule que toute personne a le droit d'obtenir, à sa demande, connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement de données, lorsque les résultats de ce traitement lui sont appliqués. Selon la CJEU⁴, le responsable du traitement doit décrire la procédure et les principes concrètement appliqués de telle manière que la personne concernée puisse comprendre lesquelles de ses données à caractère personnel ont été utilisées et de quelle manière lors de la prise de décision automatisée. Afin de satisfaire aux exigences de transparence et d'intelligibilité, il pourrait notamment être adéquat d'informer la personne concernée de la mesure dans laquelle une variation au niveau des données à caractère personnel prises en compte aurait conduit à un résultat différent. En revanche, la simple communication d'un algorithme ne constituerait pas une explication suffisamment concise et compréhensible. Finalement, si les informations à fournir comportent des secrets d'affaires, le responsable de traitement doit communiquer ces informations prétendument protégées à l'autorité de contrôle ou à la juridiction compétentes. Il incombe à celles-ci de pondérer les droits et les intérêts en cause aux fins de déterminer l'étendue du droit d'accès auxdites informations de la personne concernée.
3. **Droit de réclamation** (alinéa 3) : la personne concernée peut former une réclamation dans les 30 jours à compter de la notification de la DIA, auprès de la même autorité.
4. **Droit à l'examen humain** (alinéa 4) : la décision sur réclamation ne peut pas être rendue de manière automatisée. Une personne physique doit obligatoirement se pencher sur la réclamation.

L'alinéa 5 réserve les procédures de réclamation prévues par des lois spéciales.

⁴ Arrêt de la CJUE du 27 février 2025 dans l'affaire C-203 / 22.

LA PROCEDURE DE RECLAMATION – ART. 50 SS LPA

La réclamation est régie par les art. 50 ss de la loi sur la procédure administrative (LPA; RSGE E 5 10). Elle a pour effet d'obliger l'autorité qui a rendu la décision administrative attaquée à se prononcer à nouveau sur l'affaire (art. 50 al. 1 LPA). L'autorité statue avec un libre pouvoir d'examen (art. 50 al. 2).

La réclamation est formée par écrit avec indication des motifs ainsi que des moyens de preuves éventuels (art. 51 al. 1 LPA). Elle a un effet suspensif (art. 51 al. 2 LPA).

La nouvelle décision doit être prise dans les 60 jours dès la réception de la réclamation (art. 52 al. 1 LPA). Selon l'art. 52 al. 2 LPA, si les circonstances l'exigent, l'autorité peut statuer dans un délai plus long et l'administré doit être informé par écrit de cet ajournement et de ses raisons avant l'expiration du premier délai.

Dans les éventuels cas où la décision individuelle automatisée au sens de l'art. 4 litt. m nLIPAD ne serait pas une "décision" au sens de l'art. 4 LPA, la procédure de réclamation ne saurait dès lors donner lieu à une "décision" au sens de la LPA.

EN RÉSUMÉ

En pratique, le nouvel article 38B nLIPAD oblige les institutions publiques genevoises à :

- identifier les DIA dans leurs processus ;
- informer clairement les personnes concernées lorsque ces décisions sont prises ;
- être transparent sur les mécanismes et critères utilisés pour rendre la décision ;
- lorsqu'il y a recours à un prestataire externe pour l'utilisation d'intelligence artificielle sous-tendant une DIA, prévoir contractuellement un droit d'accès à la logique sous-jacente;
- mettre en place un processus de réclamation avec intervention humaine.

Cette disposition constitue donc un garde-fou important contre les potentiels effets négatifs des DIA et garantit un droit de regard humain.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Flueckiger Christian, art. 21 LPD (prétentions), *in* Sylvain Métille/Philippe Meier (éd.), Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire romand, Bâle 2023
- Hirsch Célian, Droit du travail et intelligence artificielle : défis des décisions automatisées pour les employeurs, *in* Valérie Défago/Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon/Samah Posse/David Raedler (éd.), La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données, « Collection CERT », Genève/Zurich 2024
- Hirsch Célian, Algorithmes et décisions automatisées : un secret possible, mais une explication obligatoire, 7 mars 2025, www.swissprivacy.law/342
- Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679 du 6 février 2018 (https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/wp251_profilage-fr.pdf)