

Sommaire

Réglementer l'intelligence artificielle Enjeux et choix essentiels

Avril 2021



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

À PROPOS DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

Chef de file de la réforme du droit en Ontario, la Commission du droit de l'Ontario (CDO) fournit des avis indépendants et équilibrés, qui font autorité, sur des orientations juridiques de grande portée et complexes. Elle favorise ainsi l'accès à la justice, la réforme du droit fondée sur des faits, et les débats de société. Elle évalue la législation avec impartialité, dans une optique transparente et large. Ses travaux s'appuient sur des analyses juridiques, des recherches multidisciplinaires; ils tiennent compte des conditions sociales, démographiques et économiques, et de l'influence des technologies. La CDO est située dans Osgoode Hall Law School, à l'Université York. Pour en savoir davantage sur la CDO, consulter son site <http://www.lco-cdo.org/fr/>.

AUTEURS

Nye Thomas, directeur exécutif, Commission du droit de l'Ontario

Erin Chochla, étudiante chercheuse à la CDO, Université Lakehead, Faculté de droit Bora Laskin

Susie Lindsay, avocate, Commission du droit de l'Ontario

RENONCIATION

Les opinions ou les points de vue exprimés dans les recherches, les conclusions et les recommandations de la CDO ne représentent pas nécessairement ceux de son Groupe consultatif, de nos bailleurs de fonds (Fondation du droit de l'Ontario, Osgoode Hall Law School, Barreau du Haut-Canada), ni ceux des doyens des facultés de droit de l'Ontario et de l'Université York, qui nous soutiennent.

RÉFÉRENCE À CITER

Commission du droit de l'Ontario, *Réglementer l'intelligence artificielle Enjeux et choix essentiels Sommaire*, Toronto, avril 2021.

POUR CONTACTER LA CDO

Commission du droit de l'Ontario
2032, immeuble Ignat Kaneff
Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele,
Toronto (Ontario)
M3J 1P3, Canada

Courriel : lawcommission@lco-cdo.org

Site Web : www.lco-cdo.org

Twitter : @LCO_CDO

Tél. : 416-650-8406

Ligne gratuite : 1-866-950-84066

BAILLEURS DE FONDS

Financée par la **Fondation du droit de l'Ontario**, le **Barreau de l'Ontario**, **Osgoode Hall Law School** et l'**Université York**, la Commission du droit de l'Ontario reçoit en outre une aide non financière importante de la part d'Osgoode Hall Law School et de l'Université York.

Réglementer l'intelligence artificielle

Enjeux et choix essentiels

Sommaire

Avril 2021

INTRODUCTION

Le présent document est le sommaire du rapport de la Commission du droit de l'Ontario (CDO) intitulé *Réglementer l'intelligence artificielle Enjeux et choix essentiels*. Celui-ci est le deuxième d'une série de documents de travail de la CDO sur l'utilisation dans la justice canadienne de l'intelligence artificielle (IA), de la prise de décision automatisée (PDA) et des algorithmes.

Le document de travail définit une série de questions juridiques et stratégiques majeures auxquelles les décideurs canadiens devraient réfléchir quand ils envisagent des règlements encadrant des systèmes d'IA et de PDA destinés à aider les pouvoirs publics à prendre des décisions.

L'analyse a pour contexte la croissance exponentielle au niveau mondial de l'utilisation de l'IA et de la PDA dans le secteur public. Ces techniques présentent de nombreux avantages, mais aussi des risques majeurs pour les droits de la personne, l'application régulière de la loi, l'équité procédurale, l'accès à la justice, la fiabilité de la justice et la prise de décision publique.

L'action la plus notable à ce jour visant à réglementer directement l'IA et la PDA au Canada est la *Directive sur la prise de décision automatisée* du Gouvernement du Canada (la directive fédérale)¹. De nombreuses autres administrations, dont celle de l'Ontario, ont commencé à réfléchir à la réglementation de l'IA et de la PDA.

La CDO a analysé la directive fédérale et plusieurs autres modèles afin de répondre à une série d'enjeux importants.

- Quelles questions devrait aborder la réglementation de l'IA et de la PDA?
- Quel(s) modèle(s), en matière d'IA et de PDA, garantit/garantissent le mieux la transparence, la responsabilité, la protection des droits de la personne, l'application régulière de la loi, la crédibilité des administrations et celle des institutions connexes?
- La réglementation canadienne comporte-t-elle des lacunes?
- La réglementation canadienne est-elle suffisamment solide ou complète pour relever les défis avérés de ces systèmes?

En veillant à ce que la réglementation de l'IA réponde à ces questions, on aidera peut-être l'Ontario et d'autres provinces à élaborer un cadre réglementaire qui optimise les avantages potentiels de l'IA et de la PDA tout en minimisant les dommages qu'elles peuvent causer.

Le rapport fait partie de l'actuel projet de la CDO sur *l'IA, la PDA et le système de la justice*.

Pour en savoir davantage sur la CDO, consulter son site <http://www.lco-cdo.org/fr/>.

THÈMES, ENSEIGNEMENTS, RECOMMANDATIONS

Le document de travail comporte plusieurs thèmes, enseignements et recommandations d'envergure.

- **Nouvelle frontière majeure pour les droits de la personne, l'application régulière de la loi et l'accès à la justice, l'intelligence artificielle, les algorithmes et la prise de décision automatisée** connaissent une expansion rapide dans le secteur public partout dans le monde. Les systèmes d'IA et de PDA sont de plus en plus utilisés pour prendre des décisions touchant les libertés personnelles, les prestations sociales, le respect de la réglementation et l'accès à des services publics majeurs.
- **Les administrations doivent réagir aux risques avérés de leurs systèmes d'IA et de PDA.** Ceux-ci ont toute une réputation. Le bilan de leur utilisation en Amérique du Nord, en Europe, en Australie et en Nouvelle-Zélande apporte la preuve des risques qu'ils posent. Quand les administrations canadiennes se serviront davantage de ces systèmes, des questions similaires sur la discrimination raciale, la discrimination par les données, la prise de décision opaque et la participation de la population surgiront rapidement, souvent et avec insistance.
- **Des réformes législatives qui anticipent sont la meilleure stratégie pour atténuer ces risques.** On ne peut traiter intégralement ceux-ci dans des actions individuelles en justice, des méthodes exemplaires ni dans des mesures législatives morcelées. Des réformes du droit sont indispensables pour garantir que l'IA et la PDA répondent aux normes juridiques élevées concernant la divulgation, la responsabilité vis-à-vis de la loi, l'égalité, l'équité procédurale, l'application régulière de la loi et l'accès à des recours.
- **Des réformes législatives qui anticipent aideront l'Ontario et d'autres provinces à optimiser les avantages possibles de l'IA et de la PDA tout en minimisant les dommages qu'elles peuvent causer.** Des règlements qui anticipent soutiendront à leur égard l'innovation, la fiabilité, des services publics améliorés, le développement économique ainsi que l'équité et la légitimité de la prise de décision publique et judiciaire.
- **Au Canada, les règlements souffrent pour l'instant de lacunes majeures.** La directive fédérale est une grande avancée pour réglementer l'IA et la PDA. Malheureusement il n'existe pas de cadre réglementaire équivalent en Ontario, ni dans aucune autre province. Il s'ensuit que quelques-uns de leurs usages pouvant être les plus lourds de conséquences par les provinces, les municipalités, les forces de police, les services d'aide sociale à l'enfance et de nombreuses autres institutions publiques sont peu ou pas réglementés.
- **Le meilleur mode de réglementation de l'IA et de la PDA est l'association de dispositions juridiques, certaines ayant force de loi, d'autres non, qui sont adaptées à leur objet et à leur contexte propres.** On peut obtenir une réglementation complète par une « association intelligente » ou un « modèle panaché ». Celui-ci a pour hypothèse qu'aucune loi, règle ou directive unique ne peut suffire à régir les systèmes d'IA et de PDA. Les ministères et les organismes publics devraient de plus partager la responsabilité de leur réglementation.
- **Il faut des lois et des règlements; les directives déontologiques sur l'IA ne suffisent pas.** Celles-ci ne suffisent pas pour atténuer les dommages que cause l'utilisation des systèmes d'IA et de PDA, qui manquent de spécificité et du fait aussi que l'on se fie au respect volontaire. Les lignes directrices déontologiques, directives, manuels et autres textes non contraignants pourront compléter utilement les obligations qu'imposera la loi.

• **On peut établir les principaux éléments d'un régime réglementaire complet :**

- exigences de base pour tous les systèmes publics d'IA et de PDA, indépendamment du risque;
- fortes protections concernant la transparence en matière d'IA et de PDA, notamment la divulgation de l'existence d'un système et de la grande variété de données, des outils et des processus auxquels il fait appel;
- obligation de registre pour l'IA;
- obligation d'évaluation détaillée de l'incidence algorithmique ou de celle de l'IA;
- respect explicite de la Charte et de la législation des droits de la personne applicable;
- normes relatives aux données;
- accès à des mesures de réparation valables;
- exigences obligatoires de vérification et d'évaluation;
- contrôle indépendant des systèmes individuels, et de façon générale, de l'usage de l'IA et de la PDA dans le secteur public.

- **La participation à la conception, à l'élaboration et à l'installation de ces systèmes doit être large.** L'accès inégal à l'information et à la participation en matière d'IA et de PDA peut fortement aggraver les préjugés et l'inégalité. La participation large doit concerner des techniciens, des décideurs, le législateur et surtout, les groupes les plus susceptibles d'être concernés par ces technologies.

POURQUOI LES POUVOIRS PUBLICS DEVRAIENT-ILS RÉGLÉMENTER L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET LA PRISE DE DÉCISION AUTOMATISÉE?

Les systèmes d'IA et de PDA peuvent poser des risques majeurs, nouveaux et généralisés, aux droits de la personne, à l'application régulière de la loi et à l'accès à la justice, notamment les suivants :

- la conception ou les résultats des systèmes d'IA et de PDA peuvent être racistes et discriminatoires;
- les systèmes opaques obscurcissent les jugements et les choix juridiques;
- ils peuvent contrevenir aux exigences d'équité procédurale, de divulgation, de notification, de transparence, de possibilité d'expliquer et de recours.

Il faut réglementer, pour garantir la transparence, l'explicabilité, la responsabilité des systèmes, et leur conformité aux principes de la Charte, des droits de la personne et du droit administratif.

L'action la plus notable à ce jour visant à réglementer l'IA et la PDA au Canada est la *Directive sur la prise de décision automatisée* du Gouvernement du Canada (directive fédérale). La portée de cette action positive est cependant limitée. Qui plus est, il n'existe aucun cadre législatif ni réglementaire pour régir la responsabilité en matière d'IA et de PDA, ni en Ontario, ni dans les autres provinces, ni dans les nombreuses institutions publiques majeures qui mettent au point et installent de grands systèmes d'IA et de PDA, ou sont susceptibles de le faire. C'est là une lacune extraordinaire de la responsabilité publique.

La réglementation qui anticipe favorise l'innovation en matière d'IA, la fiabilité de celle-ci, l'amélioration des services publics, le développement économique, et l'équité et la légitimité de la prise de décision publique et judiciaire.

Enfin, si aucune réglementation n'apporte d'orientation, les pouvoirs publics risquent d'élaborer et d'installer des systèmes d'IA ou de PDA qui n'atteignent pas leurs objectifs, nuisent aux citoyens vulnérables, portent atteinte à la confiance envers l'État ou sont invalidés par les tribunaux. La réglementation qui anticipe est la meilleure stratégie pour atténuer de tels risques.

L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET LA PRISE DE DÉCISION AUTOMATISÉE DANS LA PRISE DE DÉCISION PUBLIQUE

Parmi les avantages de l'IA et de la PDA pour aider la prise de décision publique, citons l'amélioration de l'exactitude, de l'équité, de la transparence et de l'efficacité de celle-ci². Des décideurs, des techniciens et des universitaires y ajoutent que la prise de décision publique peut rendre plus juste et plus équitable³. Cet avis bien sûr ne fait pas l'unanimité : l'IA, les algorithmes et la PDA sont souvent qualifiés « d'armes de destruction mathématique »⁴ ou de « formes complexes de profilage racial »⁵.

Dans le monde entier, les pouvoirs publics se servent actuellement de l'IA et de la PDA dans les domaines suivants :

- se prononcer sur les prestations sociales ou en fixer les priorités;
- décider de l'accès aux services publics – logement, éducation, santé – ou en fixer les priorités;
- évaluer les risques de fraude à l'assurance-chômage;
- évaluer les risques de violence ou de négligence à l'égard d'enfants;
- évaluer les risques de violence conjugale;
- prévoir si des élèves présentent un risque élevé de violence scolaire;
- décider de l'admissibilité à l'immigration ou du statut d'immigrant, ou en fixer les priorités;
- prendre des décisions en matière de recrutement / évaluer le rendement du personnel;
- se prononcer sur la classification des prisons et les conditions carcérales;
- analyses photographiques et vidéos, notamment reconnaissances faciales;
- profilages et preuves génétiques, notamment par génotypage probabiliste;
- cartographie prévisionnelle de la criminalité (techniques policières prévisionnelles);
- pour la mise en liberté sous caution, algorithmes qui prévoient la récidive;
- pour la détermination de la peine, algorithmes qui prévoient la récidive;
- algorithmes qui marquent au moment de l'arrestation et conseillent sur la façon d'inculper;
- algorithmes qui marquent les suspects et analysent les comportements futurs⁶.

Malheureusement, aucune étude, aucune enquête n'a été faite de l'usage de l'IA et de la PDA par les administrations ou les organismes publics canadiens. Si on les transposait au Canada, les applications employées au niveau international auraient une incidence sur quelques-uns des services publics les plus importants, et sur la compétence et la charge de travail de nombreuses juridictions canadiennes – supérieures, provinciales et administratives.

RÉGLEMENTER L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE – INTRODUCTION

On a constaté que des problèmes de stigmatisation raciale, de vie privée, de manque de transparence, de discrimination par les données et de participation publique surgissent dans l'urgence, rapidement et souvent en cas d'utilisation par les administrations canadiennes de systèmes d'IA et de PDA. Le fait de veiller à ce que leur réglementation soit adaptée à ces problèmes aidera l'Ontario et d'autres provinces à élaborer un cadre réglementaire qui optimise les avantages potentiels de ces techniques tout en minimisant les dommages qu'elles peuvent causer.

RÉGLEMENTER L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE – INTRODUCTION

On a constaté que des problèmes de stigmatisation raciale, de vie privée, de manque de transparence, de discrimination par les données et de participation publique surgissent dans l'urgence, rapidement et souvent en cas d'utilisation par les administrations canadiennes de systèmes d'IA et de PDA. Le fait de veiller à ce que leur réglementation soit adaptée à ces problèmes aidera l'Ontario et d'autres provinces à élaborer un cadre réglementaire qui optimise les avantages potentiels de ces techniques tout en minimisant les dommages qu'elles peuvent causer.

LE POINT DE DÉPART – LA PARTICIPATION DE LA POPULATION

Selon la CDO, la réglementation de l'IA et de la PDA commence par la participation vigoureuse et permanente de la population. Elle pense en particulier que les pouvoirs publics doivent faire participer des techniciens, des décideurs, des fonctionnaires gestionnaires, des travailleurs en première ligne, des avocats, des associations spécialisées, des organisations communautaires, et surtout les acteurs et les groupes les plus susceptibles d'être concernés par ces technologies. La participation dynamique favorisera la bonne gestion, des règlements judicieux et la confiance de la population envers les systèmes d'IA et de PDA et la réglementation par l'État.

ENJEUX ET CHOIX ESSENTIELS – SOMMAIRE

Réglementer l'IA et la PDA : voilà une entreprise nouvelle et colossale. Les pouvoirs publics vont devoir mettre au point des règles qui régissent des technologies complexes, d'évolution rapide, dans des activités très variées du secteur public, et dans le respect notamment de la Charte, de la législation des droits de la personne, du droit administratif et des obligations touchant la vie privée.

OBJET, DÉFINITIONS ET APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION

La réglementation va-t-elle favoriser l'innovation? Ou protéger les droits? Ou bien les deux?

Il va être crucial pour les pouvoirs publics de décider s'il faut privilégier la rapidité de leur mise en œuvre de l'IA et de la PDA, ou la protection des droits et des intérêts que celles-ci vont probablement toucher, ou bien s'il faut amalgamer rapidité de mise en œuvre et protection.

La directive fédérale associe explicitement innovation, confiance de la population et protection des droits⁷. La CDO recommande que l'ensemble des administrations et des institutions canadiennes qui envisagent de réglementer l'IA et la PDA adopte cette démarche. Il est essentiel que la réglementation associe explicitement innovation, confiance de la population et protection des droits

Comment définir les systèmes d'IA et de PDA?

Leur diversité et leur adaptabilité étant phénoménales, il s'est donc avéré extraordinairement ardu de les définir dans la réglementation. Ce constat en a conduit certains, dont le NYC AI Task Force, à proposer des « cadres de travail » pour définir et classer les systèmes selon leurs caractéristiques plutôt que des définitions propres⁸.

La CDO recommande de définir de façon ouverte et explicite l'IA et la PDA dans la réglementation. La définition explicite est cruciale pour décider quel système (ou type de système) sera assujéti à quelle catégorie de règlement. Elle est tout aussi indispensable pour la responsabilité publique et légale.

Les présumés risques d'adopter une définition fixe de l'IA et de la PDA dans la réglementation (risque de portée excessive notamment ou décalage entre la définition et les avancées technologiques) sont réels mais pas insurmontables.

Réglementer l'intelligence artificielle Enjeux et choix essentiels

Objet, définition, portée

- La réglementation de l'IA va-t-elle favoriser l'innovation? Ou la protection des droits? Ou bien les deux?
- Comment définir l'IA et la PDA?
- La réglementation est-elle obligatoire?
- Quelles institutions, quelles activités va-t-on réglementer

Éthique de l'intelligence artificielle, législation contraignante, modèle panaché, réglementation axée sur les risques

- S'engager pour une réglementation complète?
- Quelle forme prendront les règlements?
- Y aura-t-il un cadre législatif?
- La réglementation sera-t-elle axée sur les risques?

Responsabilité, transparence

- S'engager pour une responsabilité et une transparence complètes?
- Des registres IA et PDA obligatoires?
- L'évaluation de l'incidence en matière d'IA et de PDA est-elle obligatoire?
- Quels éléments seront divulgués?
- Quelles règles régissent l'approvisionnement en matière d'IA?

Partialité et équité

- Comment la réglementation va-t-elle régler la partialité et la discrimination?
- Comment va-t-elle garantir l'équité procédurale et l'application régulière de la loi?

Surveillance et voies de recours

- Y a-t-il surveillance indépendante des systèmes d'IA et de PDA?
- Existe-t-il des voies de recours en cas de violation des droits?
- Faut-il des vérifications et des évaluations indépendantes?

Champ d'application, exemptions, interdictions, lacunes

Les pouvoirs publics vont devoir prendre d'importantes décisions quant au champ d'application des règlements touchant l'IA et la PDA. Ces choix auront bien sûr une influence considérable sur l'ampleur et l'efficacité de leur usage dans le secteur public et sur la perception d'équité de cet usage.

Champ d'application de la réglementation

Les dispositions de la directive fédérale sont à la fois de nature impérative et non impérative : la plupart des ministères fédéraux sont tenus de respecter la directive. Celle-ci « s'applique à tout système, outil ou modèle statistique utilisé pour recommander ou prendre une décision administrative au sujet d'un client »⁹. Ce paragraphe lui confère un champ d'application susceptible d'être très large. Celui-ci est néanmoins assujéti à plusieurs importantes exceptions et restrictions susceptibles d'être considérables. Par exemple, la directive exclut probablement la plupart des outils d'IA et de PDA les plus controversés et les plus lourds de conséquences de la justice pénale.

La CDO recommande d'élargir le champ d'application de toute future reprise de la directive (ou de son équivalent au niveau des provinces, des municipalités ou des institutions publiques).

Interdictions

Les pouvoirs publics vont devoir se demander s'il faudrait carrément interdire certaines technologies d'IA ou de PDA. De nouvelles méthodes de profilage et de surveillance de masse – la reconnaissance faciale, l'identification biométrique, les techniques policières prévisionnelles, l'analyse comportementale des réseaux sociaux et les « villes intelligentes » notamment – ont été qualifiées de techniques d'IA et de PDA « limite ». Quelques-unes sont déjà employées au Canada : l'usage de logiciels de reconnaissance faciale a déjà été confirmé par exemple dans des forces de police – Toronto, Calgary, Edmonton, Ottawa notamment, et cinq forces de police régionales en Ontario, couvrant ainsi la majorité de la population ontarienne¹⁰.

Quelques administrations, dont San Francisco¹¹ et Boston¹², ont déjà adopté ou proposé des interdictions de l'usage de systèmes spécifiques d'IA ou de PDA, en particulier des techniques de reconnaissance faciale. Aux États-Unis, un projet de loi a été déposé au Sénat visant à interdire l'usage des techniques de reconnaissance faciale par les forces de l'ordre fédérales¹³.

Lacunes dans la réglementation

Les administrations et les institutions publiques – provinces, municipalités, conseils scolaires, services d'aide sociale à l'enfance, forces de police, universités, hôpitaux, tribunaux notamment – sont susceptibles d'utiliser l'IA et la PDA bien au-delà du champ d'application de la directive fédérale. C'est-à-dire que les applications d'IA et de PDA les plus controversées et les plus lourdes de conséquences déjà utilisées pourraient, sans aucun cadre réglementaire propre, être installées par des centaines (si ce n'est des milliers) d'institutions publiques dans tout le Canada.

Il s'agit là d'une lacune inquiétante dans la réglementation de l'IA et de la PDA au Canada. Les principes de transparence, de responsabilité, des droits de la personnes, d'équité et de fiabilité sont importants dans tous les systèmes d'IA et de PDA, et dans toutes les institutions publiques.

La CDO recommande que cette lacune soit comblée de toute urgence. Les provinces (dont l'Ontario), les municipalités et les grandes institutions publiques doivent commencer à élaborer leurs propres textes d'orientation, de règle, de règlement et de loi visant à régir les systèmes d'IA et de PDA.

ÉTHIQUE DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE, LÉGISLATION CONTRAIGNANTE, MODÈLE PANACHÉ, RÉGLEMENTATION AXÉE SUR LES RISQUES

Type(s) de réglementation : éthique de l'intelligence artificielle ou législation contraignante

Les premiers travaux de réglementation de l'IA ont été le plus souvent des directives éthiques ou des méthodes exemplaires, élaborées par diverses administrations, ONG ou associations professionnelles. La croissance des modèles d'IA éthique a été proprement époustouflante¹⁴.

La portée et le degré de détail des directives et des cadres de travail sur l'éthique de l'IA varient considérablement. Quelques documents se démarquent par leur complexité et leur engagement manifeste pour les droits de la personne, la transparence et la responsabilité en matière d'IA, notamment les *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, qu'a récemment publié le Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle sur l'intelligence artificielle (GEHN IA) de la Commission européenne¹⁵.

Ces lignes directrices ne sont pas des normes juridiques contraignantes et ne visent pas à le devenir. Elles sont expressément définies comme un outil d'auto-évaluation dont l'utilisation doit être flexible : les organisations peuvent se servir des éléments de la liste d'évaluation à leur guise¹⁶.

La notion d'IA éthique a subi de nombreuses critiques virulentes. Celles-ci font valoir que les directives éthiques, qui manquent de spécificité et sont fondées sur la conformité volontaire, ne suffisent pas pour atténuer les dommages que cause l'usage des systèmes d'IA. Plus précisément, de nombreux critiques pensent que l'éthique de l'AI peut « devenir un paravent pour des techniques non réglementées »¹⁷. C'est pourquoi des administrations et des organisations qui adoptent des directives éthiques – sans aller plus loin – sont souvent accusées de « diluer l'éthique »¹⁸.

La législation de l'État du Washington est contraignante. Son projet de loi 1655 prévoit des exigences détaillées et obligatoires visant à régir l'utilisation de systèmes de PDA par l'administration de l'État et des organismes publics pour traiter des questions fort diverses¹⁹.

La directive fédérale se situe entre ces deux exemples : elle n'est pas une ligne directrice ni une méthode exemplaire d'auto-évaluation volontaire en matière d'« IA éthique ». Mais elle n'a pas non plus valeur de loi ni de règlement. Selon le professeur Teresa Scassa, « l'obligation de respecter la directive est interne, propre à l'administration, de même que la sanction. La directive ne crée pas de droit pouvant donner matière à un procès, ni pour les personnes, ni pour les organisations »²⁰.

Modèle panaché

Selon la CDO, le meilleur mode de réglementation de l'IA et de la PDA est l'association de dispositions juridiques, certaines ayant force de loi, d'autres non, qui sont adaptées à leur objet et à leur contexte propres. On l'appelle parfois « association intelligente », ou « modèle panaché » de réglementation²¹.

La CDO estime qu'il faut des mesures législatives pour apporter à ces systèmes un cadre de gestion fondateur. Un cadre législatif fournirait aux acteurs, aux ministères ou aux organismes concernés des exigences uniformes en matière d'orientation et de responsabilité. Cela garantirait que les modifications du cadre de gestion sont assujetties à un examen législatif. Enfin, la législation établirait un degré de responsabilité publique et légale à la mesure des questions et des droits qui sont en jeu.

Pour autant, la CDO ne rejette ni l'utilisation de lignes directrices, de directives, de manuels ou de méthodes exemplaires éthiques, ni leur importance. Elle est persuadée au contraire que ces outils peuvent tout à fait compléter les obligations et les exigences contraignantes ou même les élargir. De nombreuses actions majeures ont été menées à l'étranger pour élaborer des instruments juridiques non contraignants touchant l'IA ou la PDA. Les « Guidelines for AI Procurement »²² du bureau de l'intelligence artificielle du Royaume-Uni, et les normes mises au point par The Institute of Electrical and Electronics Engineers²³ sont des exemples notables.

Réglementation axée sur les risques

De nombreux modèles sont axés sur les risques afin de décider si, et dans quelle mesure, il faut réglementer un système d'IA ou de PDA. En 2020, la Commission européenne a publié par exemple « White Paper on Artificial Intelligence: a European Approach to Excellence and Trust »²⁴. Ce livre blanc présente un nouveau cadre de réglementation axé sur les risques, en particulier sur les applications dont les risques sont élevés. Pour celles dont les risques ne le sont pas, le livre blanc propose un régime de classement volontaire.

Le livre blanc a essuyé de nombreuses critiques, surtout sur les points suivants : possibilité d'interpréter largement le risque « faible »; qui décide du degré de risque; si ou comment les droits de la personne seront protégés dans les applications à risque « faible »; et comment protéger ceux-ci dans les zones grises entre les classements binaires élevé et faible²⁵.

À l'inverse, le projet de loi 1655 de l'État du Washington établirait des exigences détaillées et complètes pour *tous* les systèmes de PDA de l'État, quel que soit le degré de risque²⁶.

La directive fédérale est un modèle différent, axé sur les risques, mais les degrés de risque y sont plus complexes et plus nuancés. Elle n'en établit pas deux (élevé/faible) mais quatre, en fonction de l'incidence de la décision automatisée déterminée après évaluation de l'incidence algorithmique. En outre, elle fixe les exigences de base qui s'appliquent à tous les systèmes de PDA, quel que soit leur degré d'incidence, y compris les exigences pour l'assurance et la surveillance de la qualité, la validité des données, la possibilité à la disposition des clients « en matière de recours applicable afin de contester la prise de décision administrative automatisée » et pour rendre compte de l'efficacité. La directive fixe ensuite les exigences pour chaque degré d'incidence, dont les degrés plus ou moins élevés pour l'avis à donner, l'examen par les pairs, la formation des employés et l'intervention humaine²⁷. La directive fédérale fixe ainsi un barème variable d'exigences et de diligence raisonnable, en fonction du degré de risque défini.

La CDO souscrit en principe à la réglementation axée sur les risques. Elle est une réponse pratique à une grande variété de systèmes d'IA et de PDA, et elle tient compte des principes et des exigences du droit administratif. Il importe cependant de veiller à ce que les pouvoirs publics soient publiquement responsables de leurs décisions touchant l'incidence ou le risque possible de ces systèmes. Pour les raisons qu'elle a exposées ci-dessus, la CDO rejette les classements binaires élevé/faible. Enfin, elle soutient avec énergie la directive fédérale et son modèle d'établissement d'exigences de base pour tous les systèmes d'IA et de PDA, quel que soit le degré de risque.

RESPONSABILITÉ, TRANSPARENCE

Selon de nombreux commentateurs, les enjeux juridiques les plus importants au stade actuel de l'élaboration de l'IA sont les principes de responsabilité et de transparence²⁸. 1) La divulgation, 2) l'évaluation de l'incidence et 3) les règles relatives à l'approvisionnement sont au nombre des méthodes et des stratégies employées pour obtenir la transparence en matière d'algorithme.

Divuligation

Il est largement admis qu'une forme quelconque de divulgation devrait figurer dans les modèles réglementaires, les directives ou les méthodes exemplaires touchant l'IA et la PDA.

La CDO recommande pour commencer l'adoption de ce que l'on nomme parfois « registres IA ». Il s'agit de sites Web appartenant à des administrations, qui signalent et documentent l'utilisation de systèmes d'IA et de PDA par leurs services. Le registre IA vise à centraliser la divulgation de ces systèmes, à favoriser la responsabilité publique et légale et à informer les concepteurs, les parties prenantes, les chercheurs et la population elle-même.

Le registre IA le plus connu pour l'instant est celui qu'ont élaboré ensemble les villes d'Amsterdam et d'Helsinki²⁹. Un autre moins connu mais plus important est le catalogue public de l'Ontario pour les « algorithmes, outils et systèmes alimentés par des données de » la fonction publique de l'Ontario³⁰.

La directive fédérale prévoit des exigences obligatoires détaillées en matière de divulgation. Les organismes fédéraux sont tenus d'indiquer sur les sites Web que des décisions sont rendues par l'IA ou la PDA ou avec l'assistance de celles-ci, quel que soit le niveau d'incidence applicable³¹. En cas de PDA avec niveau d'incidence de niveau III ou IV, les organismes sont de plus tenus de « publier de la documentation sur les sites Web pertinents au sujet du système décisionnel automatisé, en langage simple, décrivant : le fonctionnement des composants; la façon dont il appuie la décision administrative; les résultats de tout examen ou audit; et une description des données de formation ou un lien vers les données de formation anonymisées si ces données sont accessibles au public »³².

La CDO recommande que les administrations canadiennes mettent au point des registres IA dans leur ressort. Elle estime qu'il faut divulguer à la fois l'existence d'un système et celle de la grande variété d'outils et de processus auxquels il fait appel. En pratique, le degré de divulgation dépendra probablement de l'usage et de l'incidence des systèmes.

Évaluation de l'incidence

Selon les recherches de la CDO, l'évaluation de l'incidence est sans doute l'outil le plus largement favorisé pour garantir la transparence et la responsabilité en matière d'IA et de PDA.

De nombreuses propositions actuelles d'évaluation de l'incidence prennent la forme de directives ou de méthodes exemplaires, ce qui correspond à une conception d'IA éthique. La récente liste d'évaluation pour une IA digne de confiance du GEHN IA en est un exemple complet³³.

La directive fédérale et l'outil d'évaluation de l'incidence algorithmique qui l'accompagne constituent toutefois une amélioration considérable de ce modèle d'auto-évaluation. La directive exige une évaluation de l'incidence algorithmique pour chaque système de PDA auquel elle s'applique, notamment de l'incidence sur « les droits des personnes ou des collectivités ». L'évaluation demande aux personnes ou aux organisations qui envisagent de mettre en place un système de PDA de répondre à environ 60 questions destinées à évaluer le degré de risque approprié du système projeté³⁴. La directive exige en outre que l'évaluation de l'incidence algorithmiques soit rendue publique³⁵.

Selon la CDO, l'évaluation de l'incidence est un outil fondamental pour garantir la responsabilité publique et légale des systèmes d'IA et de PDA. Elle est persuadée que l'évaluation de l'incidence doit être obligatoire, détaillée et transparente. Au Canada, elle se trouverait améliorée si elle exigeait des assurances plus explicites (et partant davantage de responsabilité) sur plusieurs points majeurs :

- exposé clair de l'objet et des objectifs du système d'IA ou de PDA – en particulier comment il sera utilisé de façon à satisfaire aux objectifs législatifs précisés;

- assurances sur le respect de la Charte et de la législation des droits de la personne; exposé des incidences possibles sur les droits constitutionnels, les droits de la personne ou sur ceux à la vie privée;
- exposé clair de la façon dont on peut contester une décision fondée en tout ou en partie sur un système d'IA ou de PDA, ou en appeler de celle-ci;
- assurances sur le respect des méthodes exemplaires pour la collecte, la conservation, la gestion des données, ainsi que pour les tester;
- assurances quant à la participation citoyenne à la conception, à l'élaboration et à l'évaluation des systèmes d'IA et de PDA.

La CDO rappelle que les risques inhérents à ces systèmes vont bien au-delà de l'administration fédérale et du champ d'application de sa directive en vigueur. La transparence, la responsabilité, les droits de la personne, l'équité, la fiabilité sont des principes essentiels dans toutes les applications d'IA et de PDA de grande portée et dans toutes les institutions publiques. La CDO recommande donc que l'Ontario, les municipalités et les institutions publiques adoptent l'évaluation obligatoire de l'incidence, conformément à l'analyse qui précède.

La CDO estime enfin que l'évaluation de l'incidence en matière d'IA et de PDA devrait être rendue publique sur le grand registre IA expliqué ci-dessus.

Approvisionnement

L'approvisionnement est devenu un problème de réglementation controversé et très médiatisé en matière d'IA et de PDA : on craint en effet que le secret industriel puisse être invoqué à l'égard des outils exclusifs d'IA ou de PDA afin d'empêcher la divulgation et la transparence³⁶.

Le secret industriel ou les logiciels de marque ne devraient pas servir d'écran pour empêcher ou restreindre la responsabilité publique et la transparence des systèmes d'IA et de PDA. Il faut également souligner que l'externalisation de la conception en matière d'IA et de PDA n'exonère pas les pouvoirs publics de leurs obligations légales concernant les droits de la personne, l'application régulière de la loi ou l'équité procédurale. La CDO estime donc qu'ils devraient adopter des règles touchant l'approvisionnement (ou les modifier), de façon à garantir le respect de ces obligations légales.

PARTIALITÉ ET ÉQUITÉ

Discrimination

Dans son premier document de travail *Essor et déclin des algorithmes dans la justice pénale des États-Unis : quels enseignements pour le Canada?*, la CDO analyse les nombreuses façons permettant de fausser des systèmes d'IA ou de PDA ainsi que l'urgence qu'il y a de réformer les lois. Nombre de ces systèmes par exemple sont fondés sur des données historiquement racistes, discriminatoires ou partiales. Des problèmes de discrimination et de partialité surgissent aussi à propos de la « mesure statistique de l'équité », du marquage, du parti pris favorable à la machine, de l'application régulière de la loi, de l'accès à la justice, et de l'exactitude, la fiabilité et la validité des ensembles de données³⁷.

Dans ce contexte, les pouvoirs publics doivent réfléchir à la façon de prévenir, de divulguer ou de corriger la partialité et la discrimination dans leurs systèmes d'IA et de PDA.

L'Ontario a abordé le problème ouvertement, ce qui est à son honneur : en 2019, il a expliqué dans son document de travail *Favoriser la confiance de la population dans l'économie des données de l'Ontario* que

le fait de favoriser la confiance dans son utilisation des systèmes d'IA est le premier des trois piliers de sa stratégie relative aux données³⁸. Le document souligne que la partialité et la discrimination sont des menaces ou des risques liés aux « pratiques fondées sur les données », ainsi qu'au manque de transparence s'il est difficile de contester des décisions susceptibles d'être faussées³⁹.

Dans le monde entier, des pouvoirs publics, des techniciens, des organismes juridiques, des universitaires, des organisations de la société civile, communautaires notamment et des associations du secteur se sont engagés à résoudre les problèmes de partialité et de discrimination des systèmes d'IA et de PDA. Les décideurs canadiens peuvent donc s'inspirer de nombre d'exemples, de méthodes de référence et de régimes réglementaires qui sont porteurs d'espoir.

Les options en la matière sont multiples.

Dispositions constitutionnelles ou relatives aux droits de la personne

Plusieurs ressorts ont adopté ou envisagé des engagements législatifs explicites garantissant que les systèmes d'IA et de PDA respectent le droit constitutionnel ou les lois interdisant la discrimination. Il peut s'agir de dispositions législatives, de préambules ou de dispositions expresses prévoyant que le système d'IA ou de PDA doit être conforme avec des principes constitutionnels ou des lois interdisant la discrimination. Le projet de loi 1655 de l'État du Washington prévoit ainsi que [traduction] « les organismes publics ne peuvent élaborer, soustraire ou utiliser de système automatisé rendant des décisions définitives aux fins de rendre des décisions portant atteinte aux droits, obligations ou privilèges garantis par la loi, par la Constitution notamment, des résidents de l'État »⁴⁰.

À noter que la directive fédérale ne semble pas exiger expressément que les systèmes d'IA ou de PDA observent la Charte ni la législation relative aux droits de la personne. Son objet est le suivant :

[...] veiller à ce que les systèmes décisionnels automatisés soient déployés d'une manière qui permet de réduire les risques pour les Canadiens et les institutions fédérales, et qui donne lieu à une prise de décisions plus efficace, exacte et conforme, qui peut être interprétée en vertu du droit canadien⁴¹.

La directive fédérale est à saluer pour son engagement explicite envers les principes du droit administratif et les « lois applicables ». La CDO estime néanmoins qu'elle se trouverait considérablement renforcée si lui était ajouté l'engagement explicite que le Canada veillera à ce que les systèmes d'IA ou de PDA observent la Charte et la législation applicable portant sur les droits de la personne. Même si ces dispositions peuvent ne pas être absolument nécessaires, elles apporteraient plus de certitude juridique et de responsabilité, et favoriseraient la confiance, au vu des inquiétudes répandues sur les systèmes d'IA et de PDA « racistes » ou « discriminatoires ». L'évaluation de l'incidence des systèmes devrait de plus comporter celle, par le fédéral, du respect de la Charte ou de la législation des droits de la personne comme on l'a discuté ci-dessus. Ces exigences devraient aussi figurer dans les dispositions législatives ou réglementaires régissant les systèmes d'IA et de PDA dont se servent les provinces, les municipalités et des institutions publiques.

Exigences relatives à la divulgation des données

Les propositions réglementaires exigeant expressément la divulgation des données sont souvent directement liées à des inquiétudes sur l'incidence possible des données traditionnellement

stigmas des systèmes d'IA et de PDA. La CDO recommande que soient divulguées de façon détaillée les informations sur les sources et l'utilisation des données des systèmes, notamment :

- données de formation,
- description des orientations et des critères de conception et d'essai,
- liste des facteurs auxquels les outils font appel, ainsi que leur mode de pondération,
- seuils et données utilisés pour déterminer l'étiquetage de marquage,
- données relatives aux résultats utilisées pour valider les outils,
- définition des prévisions produites par les outils et de leur durée,
- critères et résultats d'évaluation et de validation.

Méthodes de référence et directives visant l'IA éthique

Outre les propositions exposées ci-dessus, de nombreuses nouvelles méthodes de référence visent à éliminer la partialité et la discrimination des systèmes d'IA et de PDA – celles notamment qui touchent les pratiques relatives aux données, la participation citoyenne et l'évaluation de ces systèmes. La CDO estime que ces méthodes devraient être employées pour compléter, et non pas remplacer, la protection supérieure assurée par la réglementation contre la partialité et la discrimination.

Exigences relatives à la recherche, aux essais et à l'évaluation

De telles exigences pour la recherche, les essais et les évaluations ordinaires des systèmes d'IA et de PDA sont des mesures importantes en vue de réduire le potentiel de partialité et de discrimination. Les pouvoirs publics devraient donc établir par règlement des obligations exigeant la vérification et l'évaluation de l'exactitude, de l'efficacité et de l'absence de partialité en matière d'IA.

Équité procédurale, application régulière de la loi

Selon les recherches de la CDO, la plupart des modèles de réglementation et des méthodes de référence en matière d'IA ne disposent pas des protections touchant l'équité procédurale et l'application régulière de la loi.

La directive fédérale est une exception notable. L'un de ses résultats escomptés est que les « décisions prises par les ministères du gouvernement fédéral sont appuyées par des données, et sont prises de façon responsable et conformes à l'équité procédurale et aux exigences d'application régulière de la loi⁴². Elle précise de plus ce qui suit :

L'équité procédurale est un principe directeur de la prise de décisions au niveau gouvernemental et quasi judiciaire. Le niveau d'équité procédurale exigée par la loi lors d'un processus donné de prise de décisions augmente ou diminue en fonction de l'importance de la décision en question et de son effet sur les droits et les intérêts⁴³.

La directive fédérale prévoit aussi que le ministère fédéral utilisant un système de PDA doit :

- « publier, par l'entremise de tous les modes de prestation de services utilisés, des avis sur le fait que la décision rendue sera formulée totalement ou en partie par un système décisionnel automatisé⁴⁴;
- [...] fournir une explication significative aux personnes concernées sur la façon dont la décision a été prise et la raison pour laquelle elle a été prise⁴⁵;
- [...] offrir aux clients toute possibilité à leur disposition en matière de recours applicable afin de contester la prise de décision administrative automatisée »⁴⁶.

Les professeurs Teresa Scassa et Jennifer Raso ont toutes deux analysé la directive fédérale par rapport aux principes et aux exigences du droit administratif canadien, portant notamment sur l'équité, les avis, la divulgation, les audiences et les motifs⁴⁷. Selon le P^r Scassa par exemple, [traduction] « la directive est un curieux exemple " d'équité procédurale dans la conception" ».

[traduction] La contribution majeure de la directive et de l'évaluation de l'incidence algorithmique est de tenter d'inscrire les principes d'équité, de transparence et de responsabilité en amont dans la conception des systèmes – plutôt que de se fier au contrôle judiciaire pour corriger les problèmes par des résultats spécifiques⁴⁸.

Les deux universitaires concluent que le droit administratif canadien et la directive ne répondent pas à de nombreuses questions qu'il faudra peut-être aborder par contrôle judiciaire ou par des modifications⁴⁹. Ce sont notamment les questions suivantes.

- Les dispositions de la directive concernant l'avis et la divulgation sont-elles suffisantes pour satisfaire aux exigences du droit administratif?
- Qu'entend-on dans la directive par exigence d'« explication significative »?
- Quelle est la norme de contrôle pour les décisions prises ou assistées par des systèmes de PDA?

Avec le temps, les tribunaux, les universitaires, les décisions judiciaires et les décideurs aborderont ces questions et d'autres aussi.

Du point de vue de la réglementation, les enjeux majeurs en matière de systèmes IA/PDA, d'équité procédurale et d'application régulière de la loi échappent à l'application de la directive fédérale :

- son champ d'application comporte plusieurs restrictions importantes – exemptions expresses (sécurité nationale par ex.), décisions administratives, systèmes de PDA fournissant « des services externes ». Sans modification ni interprétation judiciaire, les systèmes dans ces domaines n'auront pas les protections touchant l'équité procédurale que prévoit la directive;
- la directive ne semble pas s'appliquer aux outils algorithmiques, d'IA ou de PDA pouvant être utilisés dans la justice pénale – techniques policières prévisionnelles, évaluations algorithmiques des risques, techniques de reconnaissance faciale;
- la directive fédérale régit l'administration et les organismes centraux fédéraux. Malheureusement il n'existe pas de cadre réglementaire équivalent en Ontario, ni dans aucune autre province. Il s'ensuit qu'aucune protection spécifique en matière d'équité procédurale ou d'application régulière de la loi ne s'applique aux usages possibles de l'IA et de la PDA par les provinces, les municipalités, les forces de police, les services d'aide sociale à l'enfance et de nombreuses autres institutions publiques.

Les pouvoirs publics ne peuvent laisser ces questions sans réponse. Ce qui a été constaté aux États-Unis apporte la preuve des dommages et des controverses possibles (et probables) qui surgiront si et quand ces outils sont introduits au Canada sans la mise en place préalable des protections applicables du droit administratif ou de l'application régulière de la loi en matière pénale.

Pour ce faire, les pouvoirs publics devront se demander ce que l'on peut raisonnablement attendre de mesures réglementaires exhaustives telles que la directive fédérale. Ils devront réfléchir aux protections en matière d'équité procédurale ou d'application régulière de la loi qui pourront ou devront être inscrites dans des textes réglementaires ou législatifs « cadres » ou « horizontaux », ou bien dans des textes spécifiques « verticaux » ou « sectoriels ».

Comme on l'a souligné ci-dessus, la CDO est persuadée que la protection applicable et efficace en matière d'équité procédurale et d'application régulière de la loi sera fortement fonction de la réunion générale des lois, des règlements, des directives et des règles déontologiques qui régissent des domaines précis des activités de l'État.

SURVEILLANCE ET VOIES DE RECOURS

Surveillance indépendante

Les pouvoirs publics vont devoir décider d'une part s'il y a lieu d'établir une surveillance indépendante tant des systèmes individuels d'IA et de PDA que de leur usage dans le secteur public en général, et d'autre part du mode de surveillance. Ces deux points distincts peuvent fortement contribuer à la transparence, à la responsabilité et à l'efficacité en matière d'IA et de PDA.

Surveillance des systèmes individuels

De l'avis général, les systèmes d'IA et de PDA doivent être régulièrement surveillés et évalués par des experts tiers. Parmi les dix exigences minimales de Partnership on AI pour l'installation responsable d'outils d'évaluation des risques criminels, par exemple, il y en a deux qui visent particulièrement la recherche ouverte et les évaluations⁵⁰.

La directive fédérale satisfait seulement à quelques-unes de ces exigences. Elle prévoit ainsi la surveillance des résultats pour tous les systèmes, quel que soit le degré d'incidence, « afin d'éviter les résultats imprévus ». Elle précise aussi que l'examen par des tiers est « autorisé », mais pas obligatoire.

La CDO pense que la directive fédérale et les textes équivalents au niveau des provinces, des municipalités ou des organismes publics devraient prévoir des examens indépendants conformes aux normes de Partnership on AI. Ces exigences devraient préciser expressément que les évaluations indépendantes doivent être menées par des représentants d'un vaste segment d'experts et d'intervenants – spécialistes des données, du droit, membres des groupes les plus concernés par les systèmes d'IA ou de PDA.

Surveillance des systèmes publics d'IA et de PDA en général

Les propositions relatives à la responsabilité en matière d'IA recommandent souvent que les pouvoirs publics créent un organe de surveillance ou un bureau de coordination qui soient indépendants, en vue de surveiller systématiquement l'élaboration, l'installation et l'évaluation de l'IA et la PDA. La New Zealand Law Foundation résume ainsi ce qui justifie cette conception :

[traduction] il est peu probable que les modèles réglementaires, importants certes, qui se basent sur les personnes chargées de faire valoir les garanties juridiques conviennent pour faire face aux préoccupations que cause l'usage accru des algorithmes. Avant tout, ces personnes n'ont ni les connaissances ni les moyens pour tenir ces mécanismes et ces processus responsables. Vraisemblablement, elles n'auront pas non plus le point de vue « ouvert » qui est indispensable pour évaluer les groupes concernés⁵¹.

Il existe aux États-Unis de nombreux exemples de surveillance coordonnée ou indépendante de systèmes d'IA et de PDA, notamment la fonction d'« Algorithms Management and Policy Officer » qu'a

créée la ville de New York⁵². De même, le projet de loi 1655 de l'État du Washington propose de charger le Chief Privacy Officer d'adopter des règles « sur l'élaboration, l'approvisionnement et l'utilisation de systèmes de PDA par les organismes publics »; toujours selon le projet de loi, ces règles doivent comporter « des normes et des procédures minimales »⁵³.

La CDO préconise la surveillance indépendante et la coordination intergouvernementale des systèmes d'IA et de PDA. Elle hésite quant à leur conception ou à leur installation par le secteur public. Les pouvoirs publics devront beaucoup réfléchir à la meilleure surveillance indépendante qui peut être obtenue, eu égard en particulier au mandat des organismes publics actuels, tels que les commissariats à la protection de la vie privée et les commissions des droits de la personne.

Voies de recours

L'accès à des voies de recours utiles est un principe majeur de l'accès à la justice. Selon les recherches de la CDO, peu de textes législatifs ou réglementaires, peu de directives prévoient expressément des mesures de réparation.

La directive fédérale fait en partie exception à cette constatation. Elle prévoit en effet que le sous-ministre adjoint responsable des programmes utilisant des systèmes de PDA doit :

6.4.1 [o]ffrir aux clients toute possibilité à leur disposition en matière de recours applicable afin de contester la prise de décision administrative automatisée⁵⁴.

Cet engagement est explicite sans être très précis. Qui plus est, même si elle reconnaît certes la nécessité des voies de recours, en réalité la directive fédérale *ne crée pas* de garantie juridique de recours. C'est là une restriction majeure de son efficacité et de sa responsabilité possible.

La directive fédérale est peut-être en opposition avec le projet de loi 1655 de l'État du Washington. Selon celui-ci, en cas d'« atteinte grave » à la loi (refus de prestation sociale par exemple), la personne concernée pourrait intenter une action contre l'organisme et demander des mesures injonctives, le rétablissement de la prestation sociale en cause, un jugement déclaratoire ou un bref de mandamus⁵⁵.

Ce n'est pas bien sûr parce que la loi ne prévoit pas de régime de recours que les décisions de l'État prises par PDA ou avec son aide ne peuvent pas ou ne seront pas contestées. Les motifs et les moyens de contester en justice sont légion, surtout en cas d'allégation que la décision ou le système était discriminatoire de quelque façon.

Dans son document de travail sur l'IA, la CDO a discuté des limites de « la réglementation par l'action en justice » en tant que stratégie pour contester régulièrement les décisions pénales prises par PDA⁵⁶. Elle y a souligné l'énorme fardeau imposé aux défenseurs qui veulent contester des décisions fondées sur des outils automatisés d'évaluation des risques. Elle y a conclu que l'accès à la justice dépend à la fois de la réglementation des systèmes de PDA et d'un régime de recours propre autorisant des contestations *individuelles* efficaces des décisions prises par PDA. La CDO a averti que sans adoption de telles mesures, des obstacles considérables s'ajouteront pour les groupes à faible revenu, autochtones et victimes de racisme, aggravant ainsi leur sur-représentation dans la justice pénale.

COMMENT PARTICIPER

La CDO est d'avis que la réussite de toute réforme du droit dépend de consultations vastes et accessibles avec les personnes, les groupes et les organisations de l'Ontario. C'est pourquoi elle sollicite les commentaires et les avis sur le présent rapport. On peut participer de multiples façons :

- se renseigner sur le projet sur son site <http://www.lco-cdo.org/fr/>,
- se renseigner auprès de la CDO à propos du projet,
- adresser à la CDO des observations ou des commentaires écrits sur le présent rapport.

Pour contacter la CDO :

Commission du droit de l'Ontario
2032, immeuble Ignat Kaneff
Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele,
Toronto (Ontario)
M3J 1P3, Canada

Courriel : lawcommission@lco-cdo.org

Site Web : www.lco-cdo.org

Twitter : @LCO_CDO

Tél. : 416-650-8406

Ligne gratuite : 1-866-950-84066

- 1 Gouvernement du Canada, *Directive sur la prise de décision automatisée*, 2019 [Directive du Canada] <https://www.tbs-sct.gc.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32592>.
-
- 2 Engstrom, David Freeman, Ho, Daniel E., Sharkey, Catherine M., Cuéllar, Mariano-Florentino, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, 1^{er} février 2020 [US Federal Administrative Agencies] <https://ssrn.com/abstract=3551505>, p. 6.
-
- 3 Par exemple, George Atalla, *How AI Can be a Force For Good in Government*, 28 février 2019, EY Consulting https://www.ey.com/en_gl/consulting/how-ai-can-be-a-force-for-good-in-government; *Ten Ways Data can Make Government Better*, Harvard Kennedy School Ash Center <https://datasmart.ash.harvard.edu/news/article/t-en-great-ways-data-can-make-government-better-1041>.
-
- 4 L'expression vient du titre en anglais, *Weapons of Math Destruction*, du livre de Cathy O'Neil. Mathématicienne et ancienne spécialiste des données à Wall Street, elle a popularisé dans *Algorithmes, la bombe à retardement* paru en anglais en 2016, puis en français en 2018, l'idée que l'intelligence artificielle, les algorithmes et les mégadonnées renforcent et accentuent la distorsion et la discrimination dans les processus décisionnels des secteurs public et privé.
-
- 5 Human Rights Watch, *Not In It For Justice*, avril 2017 [Human Rights Watch] <https://www.hrw.org/report/2017/04/11/not-it-justice/how-californias-pretrial-detention-and-ba-il-system-unfairly>, p. 8.
-
- 6 De façon générale, AI Now Institute, *Algorithmic Accountability Policy Toolkit*, octobre 2018 <https://ainowinstitute.org/aap-toolkit.pdf>; US Federal Administrative Agencies; Michele Gilman, « Poverty Algorithms: A Poverty Lawyer's Guide to Fighting Automated Decision-Making Harms in Low-Income Communities », *Data and Society*, septembre 2020 <https://datasociety.net/wp-content/uploads/2020/09/Poverty-Lawgorithms-20200915.pdf>; Commission australienne des droits de la personne, *Human Rights and Technology Discussion Paper*, décembre 2019 https://tech.humanrights.gov.au/sites/default/files/2019-12/TechRights_2019_DiscussionPaper.pdf; *Government Use of Artificial Intelligence in New Zealand: Final Report on Phase 1 of the NZ Law Foundation's AI and Law in NZ Project*, Wellington, 2019 [NZ AI and Law] <https://www.cs.otago.ac.nz/research/ai/AI-Law/NZLF%20report.pdf>.
-
- 7 Directive du Canada.
-
- 8 Automated Decisions Systems Task Force, *Automated Decision Systems Task Force Report*, Ville de New York, novembre 2019, <https://www1.nyc.gov/assets/adstaskforce/downloads/pdf/ADS-Report-11192019.pdf>, p. 19.
-
- 9 Directive du Canada, par. 5.2.
-
- 10 Kate Robertson, Cynthia Khoo, Yolanda Song, *To Surveil and Predict, A Human Rights Analysis of Algorithmic Policing in Canada*, Citizen Lab and International Human Rights Program, Faculté de droit de l'Université de Toronto, septembre 2020, [Citizen Lab] <https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2020/09/To-Surveil-and-Predict.pdf>, pp. 62-63.
-
- 11 San Francisco, *Administrative Code – Acquisition of Surveillance Technology*, dossier n° 190110, <https://sfgov.legistar.com/View.ashx?M=F&ID=7206781&GUID=38D37061-4D87-4A94-9AB3-CB113656159A>.
-
- 12 Boston City Council, rapport de la présidence du comité, 24 juin 2020, www.documentcloud.org/documents/6956465-Boston-City-Council-face-surveillance-ban.html.
-
- 13 États-Unis, *The Facial Recognition and Biometric Technology Moratorium Act*, 116e congrès, 2^e session <https://drive.google.com/file/d/1gkTcjFtieMQdsQ01dmDa49B6HY9ZyKr8/view>.
-
- 14 Access Now, *Europe's Approach to Artificial Intelligence: How AI Strategy Is Evolving*, 2020, [Access Now AI Strategy] <https://www.accessnow.org/eu-trustworthy-ai-strategy-report/>, p. 26.
-
- 15 Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle sur l'intelligence artificielle, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, 2019, [Lignes directrices du GEHN IA] <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top>.
-
- 16 *Ibid*, p. 3.

- 17 Access Now, *Mapping Regulatory Proposals for Artificial Intelligence in Europe*, 2018, [Access Now Mapping Report] <https://www.accessnow.org/mapping-artificial-intelligence-strategies-in-europe/>, p. 32.
- 18 De façon générale, Thomas Metzinger, “Ethics Washing Made in Europe”, 4 août 2019 <https://www.tagesspiegel.de/politik/eu-guidelines-ethics-washing-made-in-europe/24195496.html>.
- 19 H.B. 1655, S.B. 5527, *Establishing guidelines for government procurement and use of automated decision systems in order to protect consumers, improve transparency, and create more market predictability*, (Washington 2019) [Washington State 1655], <https://app.leg.wa.gov/billsummary?BillNumber=1655&Chamber=House&Year=2019>.
- 20 Teresa Scassa, « Administrative Law and the Governance of Automated Decision-Making: A Critical Look at Canada’s Directive on Automated Decision-Making », 30 octobre 2020. À paraître, 2021, 54:1 *University of British Columbia Law Review* [Scassa], <https://ssrn.com/abstract=3722192>, p. 11.
- 21 Déclaration par Michelle Bachelet, Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l’homme, « Smart mix of measures needed to regulate new technologies », 24 avril 2019 <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24509>.
- 22 Royaume-Uni, *Guidelines for AI Procurement*, 8 juin 2020 <https://www.gov.uk/government/publications/guidelines-for-ai-procurement>.
- 23 Institute of Electrical and Electronics Engineers, *Ethically Aligned Design*, 1^{ère} édition, 2019 <https://standards.ieee.org/industry-connections/ec/autonomous-systems.html>.
- 24 Commission européenne, *White Paper on Artificial Intelligence – A European Approach to Excellence and Trust*, 2020, <https://ec.europa.eu/futurium/en/node/8438>.
- 25 *Ibid*, p. 34.
- 26 Washington State 1655, art. 3.
- 27 Directive du Canada, art. 6.
- 28 Access Now Mapping Report, p. 13.
- 29 De façon générale, Khari Johnson, *Amsterdam and Helsinki launch algorithm registries to bring transparency to public deployments of AI*, 28 septembre 2020 <https://ai.hel.fi/en/get-to-know-ai-register/>.
- 30 <https://data.ontario.ca/fr/group/artificial-intelligence-and-algorithms>.
- 31 Directive du Canada, par. 6.2.1.
- 32 *Ibid*, Annexe C – Avis.
- 33 Lignes directrices du GEHN IA, pp. 26-31.
- 34 Canada, *Outil d’évaluation de l’incidence algorithmique*. <https://www.canada.ca/fr/gouvernement/systeme/gouvernement-numerique/innovations-gouvernementales-numeriques/utilisation-responsable-ai/evaluation-incidence-algorithmique.html>.
- 35 Directive du Canada, par. 6.1.
- 36 De façon générale, Taylor R. Moore, *Trade Secrets and Algorithms as Barriers to Social Justice*, Center for Democracy and Technology, août 2017. <https://cdt.org/wp-content/uploads/2017/08/2017-07-31-Trade-Secret-Algorithms-as-Barriers-to-Social-Justice.pdf>.
- 37 De façon générale, Commission du droit de l’Ontario, *Essor et déclin des algorithmes dans la justice pénale des États-Unis : quels enseignements pour le Canada?*, octobre 2020, [Document de travail de la CDO sur l’IA], version intégrale en anglais uniquement : <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2020/10/Criminal-AI-Paper-Final-Oct-28-2020.pdf>, pp. 20-26, sommaire en français : <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2020/11/AI-Paper-Executive-Summary-Fr.pdf>.
- 38 Ontario, *Favoriser la confiance de la population dans l’économie des données de l’Ontario*, 30 juillet 2019, https://engage.ontario.ca/sites/default/files/30-07-19_-_discussion_paper_fr.pdf.
- 39 *Ibid*, p. 6.
- 40 Washington State 1655, par. 4(1).

-
- 41 Directive du Canada, par. 4.1.
-
- 42 *Ibid*, par. 4.2.1.
-
- 43 *Ibid*, Annexe A – Définitions.
-
- 44 *Ibid*, par. 6.2.1.
-
- 45 *Ibid*, par. 6.2.3.
-
- 46 *Ibid*, par. 6.4.1.
-
- 47 Scassa. Jennifer Raso, « AI and administrative Law », *Artificial Intelligence and the Law in Canada*, dir. Teresa Scassa et Florian Martin-Bariteau, Lexis-Nexis Canada, 2021.
-
- 48 Scassa, p. 28.
-
- 49 De façon générale, Scassa, pp. 17-27, et Raso, pp. 7-14.
-
- 50 Partnership on AI, *Report on Algorithmic Risk Assessment Tools in the U.S. Criminal Justice System*, avril 2019, p. 7
<https://www.partnershiponai.org/report-on-machine-learning-in-risk-assessment-tools-in-the-u-s-criminal-justice-system/>, p. 29, 31.
-
- 51 NZ AI and the Law, p. 62.
-
- 52 The City of New York Office of the Mayor, *Executive Order No 50, Establishing an Algorithms Management and Policy Officer*, 2019,
https://www1.nyc.gov/assets/home/downloads/pdf/executive-orders/2019/eo-50.pdf?mc_cid=f74d21dc3f&mc_eid=c06bcd901c
p. 1.
-
- 53 Washington State 1655, art. 3.
-
- 54 Directive du Canada, par. 6.4.1.
-
- 55 *Ibid*, art. 6
-
- 56 Document de travail de la CDO sur l'IA, pp. 35-37.
-