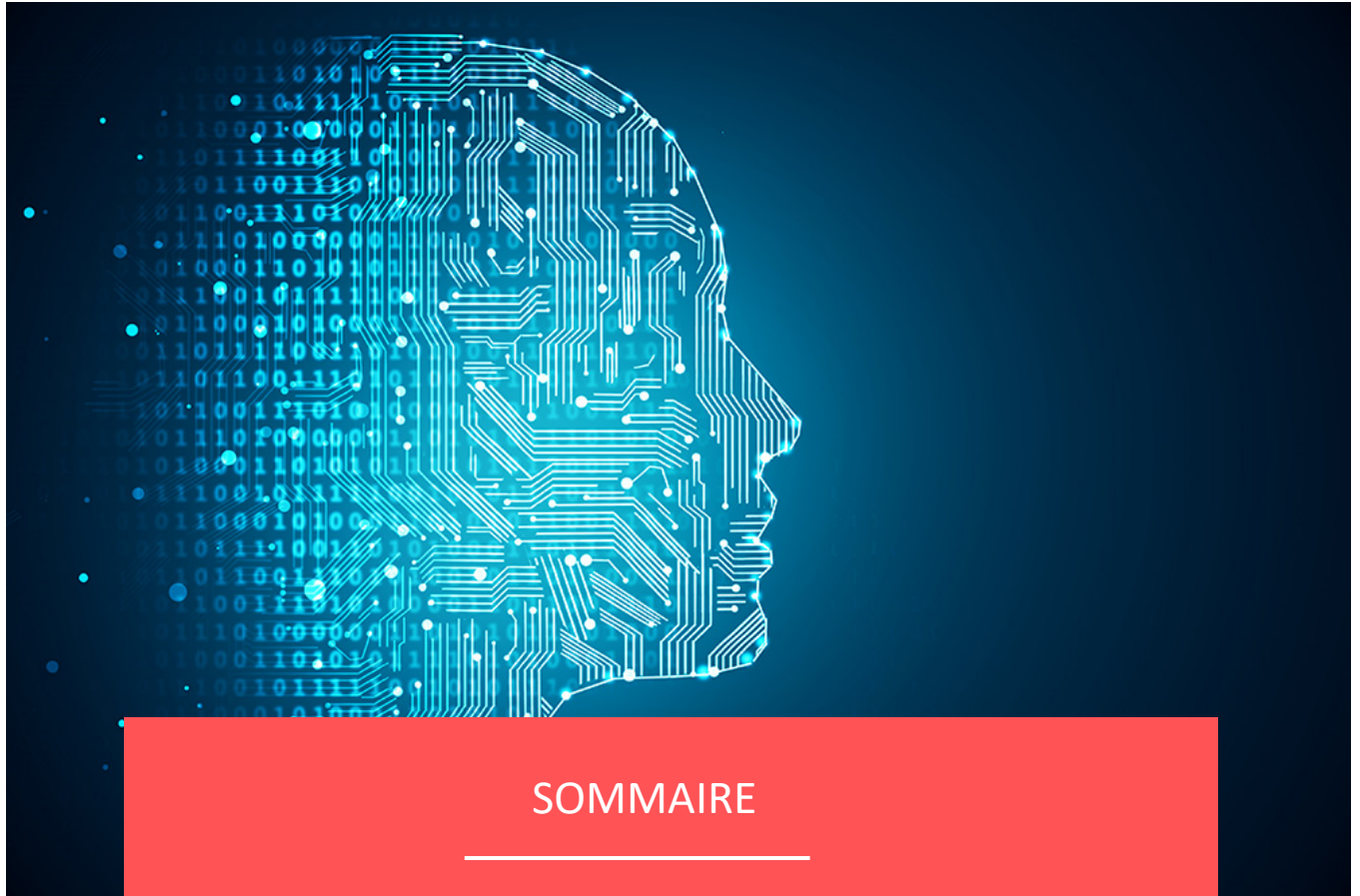




NEWSLETTER NTIC

NUMÉRO 36 • FEVRIER 2021



SOMMAIRE

- **Projet de rapport du Parlement européen sur l'utilisation de l'IA en matière pénale et son utilisation par les autorités policières et judiciaires dans les affaires pénales P. 2**
- **Absence de force probante pour un constat effectué « hors délais » P.4**
- **Dans un contrat d'assurance, une clause d'exclusion de garantie imprécise ne peut recevoir application P.6**
- **Prospection commerciale : la CNIL condamne une agence de marketing à une amende de 7.300 euros P.8**

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

PROJET DE RAPPORT DU PARLEMENT EUROPEEN SUR L'UTILISATION DE L'IA EN MATIERE PENALE ET SON UTILISATION PAR LES AUTORITES POLICIERES ET JUDICIAIRES DANS LES AFFAIRES PENALES

LE RAPPORT RECONNAIT QUE L'IA OFFRE DE GRANDES POSSIBILITES DANS LE DOMAINE DES SERVICES REPRESSIFS ET DE LA JUSTICE PENALE, NOTAMMENT POUR AMELIORER LES METHODES DE TRAVAIL ET LUTTER PLUS EFFICACEMENT CONTRE CERTAINS TYPES DE CRIMINALITE (CRIMINALITE FINANCIERE, LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX CERTAINS TYPES DE CYBERCRIMINALITE, ETC)

Le projet de rapport précise notamment que dans le domaine judiciaire, les outils d'IA peuvent être utilisés **pour calculer les probabilités de récidive et pour déterminer la probation ou décider de la peine.**

Le Parlement rappelle que l'IA **comporte un certain nombre de risques potentiels**, « tels que l'opacité de la prise de décision, différents types de discrimination, l'intrusion dans notre vie privée, les défis en matière de protection des données à caractère personnel, de la dignité humaine et de la liberté d'expression et d'information » et est également **vulnérable aux attaques** par l'intermédiaire de l'IA impliquant des dommages potentiellement encore plus importants.



Ces risques sont aggravés dans le secteur de **la répression et de la justice pénale** en raison d'une atteinte possible à la présomption d'innocence, aux droits fondamentaux à la liberté et à la sûreté de la personne au droit à un recours effectif et à un procès équitable.

Le projet de rapport préconise que les solutions d'IA à des fins répressives et judiciaires respectent un certain nombre de droits et principes fondamentaux. Sont pointés notamment :

- Le cadre juridique de l'Union en matière de protection des données et de la vie privée, du fait du traitement d'un volume important de données dont des données à caractère personnel ;

- Les principes tels que de non-discrimination, de liberté de circulation, de présomption d'innocence et de droits de la défense, de liberté d'expression et d'information, de liberté de réunion et d'association, d'égalité devant la loi et de droit à un recours effectif et à un procès équitable.

Pour le Parlement, un outil d'IA « devrait, au minimum, être sûr, sécurisé et adapté à l'usage prévu, respecter les principes d'équité, de responsabilité, de transparence et d'explicabilité, et faire en sorte que son déploiement soit soumis à un contrôle strict de la nécessité et de la proportionnalité ; »

Le Parlement souligne notamment :

- le potentiel de parti pris et de discrimination découlant de l'utilisation de l'apprentissage automatique et des applications d'IA, notamment **des biais qui peuvent être inhérents à des séries de données sous-jacentes**,
- que de nombreuses technologies d'identification fondées sur des algorithmes **commettent un nombre disproportionné d'erreurs d'identification** sur les personnes **non blanches, les enfants, les personnes âgées et les femmes**,
- **l'asymétrie de pouvoir** entre ceux qui développent et emploient des technologies d'IA et ceux qui interagissent et y sont soumis,
- **les aspects liés à la sécurité et à la sûreté des systèmes d'IA** utilisés par les services répressifs doivent être **soigneusement examinés et suffisamment solides et résilients** pour prévenir les conséquences potentiellement catastrophiques d'attaques malveillantes contre les systèmes d'IA.

Le Parlement propose de créer un **régime clair et équitable pour l'attribution de la responsabilité juridique des conséquences négatives potentielles de ces technologies numériques avancées**.

Il considère également que la **décision finale doit toujours être prise par un être humain**, qui peut être tenu responsable des décisions prises, et comporter une possibilité de recours.

Le Parlement formule, enfin, un certain nombre de demandes :

- Que les algorithmes soient explicables et transparents,
- Que les systèmes d'IA fassent l'objet d'une traçabilité,
- Qu'une étude d'impact obligatoire sur les droits fondamentaux soit réalisée avant la mise en œuvre ou le déploiement de tout système d'IA des fins répressives ou judiciaires,
- Un audit périodique et obligatoire de tous les systèmes d'IA utilisés par les services répressifs et judiciaires,
- Un moratoire pour le déploiement des systèmes de reconnaissance faciale à des fins répressives.

PROCEDURE CIVILE

ABSENCE DE FORCE PROBANTE POUR UN CONSTAT EFFECTUE « HORS DELAIS »

COUR D'APPEL DE DIJON, 2EME CH. CIVILE, ARRET DU 10 DECEMBRE 2020 - UN CLIENT A COMMANDE UN SITE INTERNET A UN PRESTAIRE DE SERVICES. AINSI, DES TRAVAUX DE MIGRATION DE SITE INTERNET AINSI QUE LA MISE EN PLACE D'UN NOUVEAU SERVEUR WEB ONT ETE PROPOSES AU CLIENT, DANS UN DEVIS, POUR UN PRIX DE PLUS DE 17.000 € HT. LE DEVIS PRECISAIT QUE LES CORRECTIONS D'AUTEUR, DEVANT FAIRE L'OBJET D'UNE VALIDATION PAR LE CLIENT, SERAIENT FACTUREES EN SUPPLEMENT.

En cours de travaux, 85 modifications ont été effectuées, ce qui a engendré une facturation complémentaire de près de 4 000 €.

En avril 2016, un litige est survenu entre les parties car le client reprochait à son prestataire de ne pas avoir exécuté l'intégralité de ses prestations, arguant du fait que le site internet n'était pas exploitable et qu'il comportait de nombreuses erreurs non corrigées.

Le prestataire, quant à lui, faisait grief à son client d'avoir multiplié les demandes de modifications, ce qui avait généré d'importants décalages du planning, et de ne pas lui avoir communiqué divers éléments importants pour le projet. Le prestataire estimait également que les correctifs avaient bien été apportés et que le client pouvait procéder à la mise en ligne du site internet.

Le client l'a cependant assigné devant le tribunal de commerce de Dijon en résolution du contrat aux torts exclusifs du prestataire.



Elle a sollicité l'autorisation de faire réaliser aux frais du prestataire les travaux nécessaires au bon fonctionnement du site par un tiers, ainsi que la condamnation du prestataire à lui payer la somme de 50 000 € au titre du coût des travaux de mise en conformité, et celle de 44 122 € en remboursement des factures réglées.

Le client, pour faire valoir ses intérêts, indiquait qu'il avait fait réaliser des constats d'huissier démontrant l'existence de multiples erreurs non corrigées, et qu'il était contraint de faire reprendre par un tiers les prestations du prestataire.

Quant au prestataire, il sollicitait le rejet des demandes formées à son encontre, et a réclamé à titre reconventionnel la condamnation du client à lui payer la somme de 2 217,60 € TTC aux titres des factures non payées ainsi que 5 000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive.

Selon lui, il avait dûment fourni l'ensemble des prestations, dont la réalisation avait été retardée uniquement par le manque de collaboration du client et par la multitude de demandes de modifications et d'évolutions additionnelles en cours de projet.

Par jugement du 7 juin 2018, le tribunal de commerce a considéré que le client n'a pas réussi à établir les manquements reprochés au prestataire ; les constats d'huissier étant antérieurs à la dernière version du site, et le client n'ayant lui-même pas rempli son obligation de collaboration en faisant réaliser 85 modifications ou demandes d'évolution du site en cours de migration, ce qui a eu pour effet de retarder sa date de délivrance.

Le client n'étant pas satisfait de cette décision de première instance a interjeté appel. Toutefois, par un arrêt du 10 décembre 2020, la cour d'appel de Dijon a confirmé la décision des juges de première instance en rappelant que « Dès lors qu'il est constant que l'intimée a bien livré le site à l'appelante, c'est à cette dernière qu'il incombe de démontrer l'absence de finalisation qu'elle invoque ».

Par ailleurs, les juges ont estimé que les quatre premiers constats « étaient quant à eux dénués de force probante quant au défaut de finalisation du site, dès lors qu'ils ont tous été réalisés antérieurement à la date du 28 juillet 2016 à laquelle la société Logomotion a informé sa cocontractante que les correctifs nécessaires avaient été apportés, et que le site pouvait désormais être mis en ligne, ce qui laissait supposer que les constats avaient été réalisés sur une ou des versions intermédiaires en cours de développement, et non sur la version finalisée ».

Quant au cinquième constat intervenu 14 mois après que le client a été informé qu'il pouvait mettre le site en ligne, il n'a pas davantage de force probante puisque « aucun élément du constat, ni aucun élément extérieur ne permettent de garantir que l'état dans lequel se trouvait le site à la date du 17 novembre 2017 était identique à celui qui était le sien lors de sa livraison 14 mois plus tôt. »

Pour être efficace et utile, un constat d'huissier doit donc être effectué au moment le plus opportun sinon il n'aura aucune force probante.

ASSURANCE

DANS UN CONTRAT D'ASSURANCE, UNE CLAUSE D'EXCLUSION DE GARANTIE IMPRECISE NE PEUT RECEVOIR APPLICATION

*COUR DE CASSATION DEUXIEME CHAMBRE CIVILE
DU 26 NOVEMBRE 2020, POURVOI N°19-16.435*

En matière de droit des assurances, la validité d'une clause d'exclusion de garantie est conditionnée par le respect de conditions de forme et de fond :

- Sur le plan formel, l'article L.112-4 du Code des assurances prévoit que : « Les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents ».
- Pour ce qui est du fond, l'article L.113-1 alinéa.1 du même Code précise que : « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police ».

En l'espèce, une société spécialisée dans la vente et la location de véhicules et de bateaux était propriétaire d'un voilier qui s'est échoué, le 14 octobre 2012, suite au passage de la tempête Rafael.

En avril 2013, cette société a assigné son courtier en assurance en exécution du contrat « multirisque plaisance » qu'elle avait souscrit. Ce dernier a appelé en intervention forcée l'assureur qui est intervenu volontairement à la procédure en février 2016.



Le contrat multirisque de l'assurance comportait une clause d'exclusion de garantie prévoyant que :

- « sont exclus de l'assurance les pertes et dommages indirects (par exemple diminution de l'aptitude à la course, moins-value, dépréciation) ».

Le tribunal de grande instance de Basse-Terre (par un jugement du 17 novembre 2016) puis la Cour d'appel de Basse-Terre (par un arrêt du 25 février 2019) ont été réceptifs à l'argumentaire de l'assureur et ont estimé que cette clause permettait d'exclure le préjudice lié à la perte d'exploitation :

- « Cette clause suffisamment explicite s'entend comme excluant tout préjudice qui ne découle pas directement du fait générateur telle précisément la perte de revenus tirée de l'arrêt de l'exploitation. Aussi, peu important les conditions alléguées du déroulement de l'activité touristique de la société Cybele Rent, il n'y a pas lieu de considérer cette clause comme vidant la garantie de sa substance et c'est à raison que la réparation du préjudice commercial réclamée par cette dernière a été écartée par le premier juge ».

Le demandeur n'a donc été que partiellement satisfait en première instance puisque si les juges ont pris en compte son préjudice matériel de 60.013 euros (frais de renflouement, frais de gardiennage et réparations diverses), ils ont en revanche refusé, par application de la clause précitée, d'indemniser son préjudice commercial, chiffré à 327.500 euros.

Un pourvoi en cassation a donc formé, au motif que :

- « les clauses d'exclusion doivent être formelles et limitées, et doivent se référer à des critères précis et à des hypothèses limitativement énumérées qui excluent toute interprétation, de façon à permettre à l'assuré de connaître exactement l'étendue de la garantie » ;
- « en jugeant que la clause selon laquelle « sont exclus de l'assurance les pertes et dommages indirects (par ex., diminution de l'aptitude à la course, moins-value, dépréciation) » était formelle et limitée, bien qu'elle ait donné à la notion de dommage indirect ainsi visée un sens qui n'est pas celui admis par la jurisprudence, la cour d'appel, qui a ainsi interprété cette notion visée par la clause, a violé l'article L. 113-1 du code des assurances ».

La Cour de cassation a partiellement censuré l'arrêt de la Cour d'appel sur le visa de l'article L.113-1 du Code des assurances :

- rappelant qu' « il résulte de ce texte que les clauses d'exclusion de garantie ne peuvent être tenues pour formelles et limitées dès lors qu'elles doivent être interprétées » ;
- pour conclure que ledit article avait été violé : « En statuant ainsi, alors que cette clause d'exclusion de garantie, en ce qu'elle ne se réfère pas à des critères précis et à des hypothèses limitativement énumérées, n'est pas formelle et limitée et ne peut recevoir application en raison de son imprécision, rendant nécessaire son interprétation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

La cassation porte ici seulement sur le chef de décision rejetant la demande d'indemnisation du préjudice commercial allégué, mais entraîne par voie de conséquence celle du chef de décision fixant la somme allouée à la société propriétaire du voilier au titre de son entier préjudice.

Cet arrêt est une illustration claire du degré de précision qui est attendu des clauses d'exclusion de garantie en matière de contrat d'assurance. En effet, dès lors qu'elles nécessitent d'être interprétées, c'est qu'elles ne satisfont pas aux exigences de rigueur de l'article L.113-1 du Code des assurances.

DONNEES PERSONNELLES

PROSPECTION COMMERCIALE : LA CNIL CONDAMNE UNE AGENCE DE MARKETING A UNE AMENDE DE 7.300 EUROS

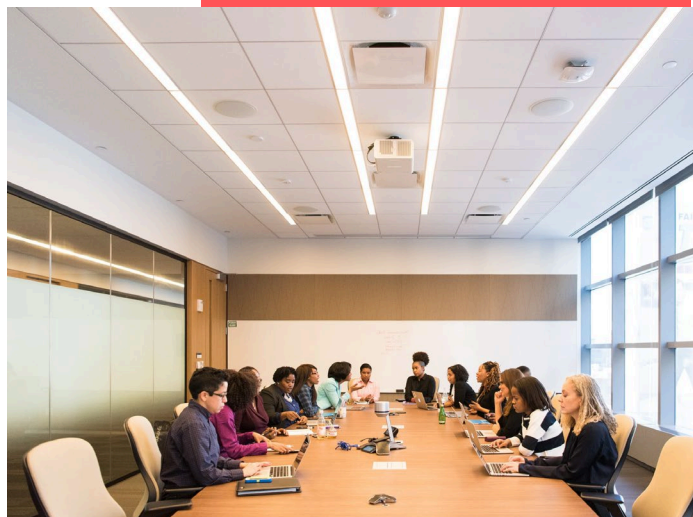
PAR UNE DELIBERATION EN DATE DU 7 DECEMBRE 2020, LA CNIL A PRONONCE UNE AMENDE D'UN MONTANT DE 7.300 EUROS A L'ENCONTRE DE LA SOCIETE PERFORMECLIC EN RAISON DE MANQUEMENTS AU RGPD ET AU CODE DES POSTES ET DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES (« CPCE »).

La société PERFORMECLIC est une petite entreprise ayant pour activité l'envoi de prospection commerciale par courriers électroniques pour le compte d'annonceurs. Elle détient, à cette fin, une base de données de plus de 20 millions d'adresses électroniques de prospects.

Le 12 juin 2019, la CNIL a été alertée des pratiques de la société PERFORMECLIC par l'association SIGNAL SPAM, en charge de recueillir les signalements des internautes relatifs à la réception de courriers électroniques non sollicités (« SPAM »).

Dans son signalement, l'association indiquait que la société PERFORMECLIC apparaissait régulièrement en tête du classement des sociétés émettant le plus de messages signalés comme « SPAM » par les internautes français (163.000 signalements recensés entre le 1er janvier et le 11 juin 2019).

A l'issue d'un contrôle sur place puis d'une audition, la CNIL a, après avoir qualifié la société PERFORMECLIC de responsable du traitement au sens du RGPD, retenu plusieurs manquements.



1/ Sur la qualification de responsable du traitement

La CNIL a estimé qu'il ressort d'un « faisceau d'indices concordants » que la société PERFORMECLIC est responsable du traitement lié à la gestion et la mise à disposition de sa base de données pour l'envoi de campagnes publicitaires à des prospects par courrier électronique pour le compte d'annonceurs.

Tout d'abord, il ressort des échanges intervenus entre la CNIL et la société PERFORMECLIC que cette dernière indiquait explicitement être responsable du traitement.

Selon la CNIL, plusieurs éléments confirmaient cette qualification :

- En premier lieu, la CNIL a estimé que la société PERFORMECLIC détermine les finalités du traitement puisque « la mise à disposition de sa base de prospects à des fins de prospection commerciale est au cœur de l'activité de la société » et que cette dernière est « propriétaire de la base de données utilisée dans le cadre des campagnes de prospection » ;
- En second lieu, la CNIL a considéré que la société PERFORMECLIC détermine les moyens essentiels du traitement en ce qu'elle « définit les données personnelles qui figurent dans sa base de prospects, les durées pendant lesquelles ces données y sont conservées et les éventuelles mises à jour devant être opérées ».

En conséquence, la CNIL a qualifié la société PERFORMECLIC de responsable du traitement « sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur une éventuelle responsabilité conjointe des partenaires annonceurs de la société PERFORMECLIC ».

2/ Sur les manquements au RGPD et au CPCE

La CNIL a retenu un manquement au CPCE et cinq manquements au RGPD :

- Tout d'abord, la CNIL a relevé un manquement de la société PERFORMECLIC à son obligation de recueillir le consentement de la personne concernée par une opération

- La CNIL a relevé un manquement de la société PERFORMECLIC à son obligation de minimisation des données (art. 5.1.c du RGPD), compte tenu de la présence du numéro de téléphone sur les fiches des prospects alors qu'il n'est pas utilisé dans le cadre de l'envoi des courriers électroniques.
- Aussi, la CNIL a estimé que la société PERFORMECLIC conservait les données pendant une durée excessive (art. 5.1.e du RGPD). En effet, la société conservait plus de trois ans les coordonnées d'environ 5 millions de prospects ayant uniquement ouvert les courriels de prospection, sans autre action de leur part, ce qui « ne saurait être [suffisant] pour matérialiser [leur] intérêt effectif ».

A ce titre, la CNIL a rappelé qu'elle recommande dans sa norme dédiée (NS-048, accessible ici) « que les données à caractère personnel relatives à un prospect non client soient conservées pendant un délai de trois ans à compter du dernier contact émanant du prospect, matérialisé par exemple par un clic sur un lien hypertexte contenu dans un courrier électronique ».

- La CNIL a également considéré que la société PERFORMECLIC avait manqué à son obligation d'information des personnes concernées en ne communiquant pas toutes les informations requises par l'article 14 du RGPD, à savoir : « l'identité du responsable de traitement, sa base juridique, les catégories de données personnelles concernées, la durée de conservation des données, l'ensemble des droits des personnes (en particulier le droit à la portabilité et le droit à la limitation du traitement), le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle et la source d'où proviennent les données ».

- En outre, la CNIL a considéré que le droit d'opposition des personnes concernées (art. 21 du RGPD) n'était pas pris en compte de manière effective puisque «lorsqu'une personne clique sur un lien de désabonnement pour exercer son droit d'opposition, celle-ci est désabonnée du compte utilisé pour l'envoi de la campagne de prospection concernée mais pas des autres comptes utilisés par la société pour d'autres campagnes». De plus, la CNIL a relevé que les personnes concernées n'étaient pas informées de la marche à suivre pour être désinscrites de l'ensemble des comptes utilisés pour l'envoi de courriels de prospection par la société PERFORMECLIC.
 - Enfin, la CNIL a estimé que la société PERFORMECLIC avait manqué à son obligation d'encadrer contractuellement ses relations avec son sous-traitant (art. 28 du RGPD), lequel était en charge de la diffusion technique des courriels, de l'hébergement de sa base de données et du traitement des campagnes publicitaires des annonceurs. En effet, la CNIL a relevé que certaines clauses requises par l'article 28 du RGPD ne figuraient pas dans le contrat puisque « le contrat conclu entre la société et son sous-traitant ne contenait pas de clauses prévoyant que le sous-traitant :
 - Met à la disposition du responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect des obligations prévues au présent article et pour permettre la réalisation d'audits, y compris des inspections, par le responsable du traitement ou un autre auditeur qu'il a mandaté, et contribuer à ces audits ».
- Compte tenu de ces manquements, la CNIL a prononcé une amende administrative d'un montant de 7.300 euros et a enjoint la société de se mettre en conformité dans un délai de 2 mois. A défaut de mise en conformité dans ce délai, la société s'exposera au paiement d'une astreinte de 1 000 euros par jour de retard.

Lien vers la délibération :

<https://www.le-gifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000042774286?isSuggest=true>