

## PROFILAGE : LA SEGMENTATION JUSQUE DANS LE RÉGIME DU RGPD

ÉLISABETH GUISSART  
AVOCAT À LA COUR

JEAN-FRANÇOIS HENROTTE  
AVOCAT À LA COUR

La réalité et le régime juridique du profilage ne sont pas monolithiques. Après avoir défini et catégorisé les profilages, la contribution s'attache à décrire de façon pratique les obligations résultant du RGPD des responsables de traitement pour les trois types de profilage.

*The reality and legal regime of profiling is not monolithic. After defining and categorizing profiling, the contribution focuses on describing in a practical way the data controllers' obligation resulting from the GDPR for the three types of profiling.*

Dans un environnement numérique orienté autour de la *big data*, de l'intelligence artificielle<sup>1</sup> et des capacités de stockage toujours plus grandes et meilleur marché, l'enthousiasme que connaît le profilage ces dernières années est exponentiel.

Cette tendance est probablement d'autant plus forte que le profilage a évolué de manière très importante ces dix dernières années. Évolution d'abord sur le plan technologique, avec les progrès rapides et l'énorme engouement pour les technologies intelligentes (*machine learning* et *deep learning*). Évolution ensuite du nombre d'acteurs impliqués dans le profilage, dès lors qu'il est désormais usuel qu'un même projet fasse intervenir des acteurs différents pour créer les algorithmes, les adapter, les paramétrer ou encore les utiliser<sup>2</sup>.

Il est vrai que la création de profils, surtout de manière automatisée, avec le support de l'intelligence artificielle, comporte de nombreux avantages pour les entreprises, puisqu'elle permet de gagner en efficacité en ciblant mieux les actions, la clientèle, en comprenant mieux

celle-ci, en aidant à la gestion du personnel et en optimisant ainsi les investissements ou choix<sup>3</sup>.

Les personnes physiques ne sont pas en reste, dès lors qu'elles bénéficient au quotidien des avantages de la création de profils automatisés et de leur analyse lorsqu'elles utilisent, par exemple, les services de plateformes de musique ou de films en ligne et se laissent guider par des recommandations musicales ou cinématographiques, ou encore dans le domaine de la consommation, lorsqu'elles peuvent mieux orienter leurs achats en ayant recours à un système d'aide interactif. Le profilage peut bien entendu aussi concerner des domaines aux enjeux beaucoup plus sérieux comme la santé ou l'emploi<sup>4</sup>.

Toutefois, la segmentation des individus et la création de profils types comportent des risques qui peuvent être plus ou moins graves en fonction de l'importance des conséquences pour les personnes et de l'impact que peuvent avoir sur les personnes les décisions qui sont prises sur la base de tels profils<sup>5</sup>. Par ailleurs, force est de constater que les technologies utilisées comportent aussi des

1. Pour un exposé sur les différents types d'intelligence artificielle, cf. le rapport intitulé « Profilage et la Convention 108+ : Rapport sur l'évolution de la situation après l'adoption de la Recommandation (2010)13 sur le profilage » du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel – Convention 108 auprès du Conseil de l'Europe, T-PD(2019)07rev, 7 novembre 2019 (<https://rm.coe.int/t-pd-2019-07rev-fr-rapport-profilage/168098d557> – consulté le 28 juillet 2020).

2. Voir en ce sens les développements détaillés du rapport « Profilage et la Convention 108+ : Rapport sur l'évolution de la situation après l'adoption de la Recommandation(2010)13 sur le profilage » du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *op. cit.*, pp. 4 et s.

3. Rapport « Profilage et la Convention 108+ : Rapport sur l'évolution de la situation après l'adoption de la Recommandation (2010)13 sur le profilage » du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *op. cit.*, p. 19.

4. *Idem.*

5. Rapport « Profilage et la Convention 108+ : Rapport sur l'évolution de la situation après l'adoption de la Recommandation (2010)13 sur le profilage » du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *op. cit.*, p. 20.

dangers inhérents à leur fonctionnement même, comme le fait que l'algorithme peut présenter des erreurs dans sa conception, dans le choix des données utilisées, voire même être biaisé et ainsi provoquer des discriminations<sup>6</sup>.

Il était donc essentiel que le droit vienne encadrer ces pratiques, chose déjà faite sous la directive 95/46<sup>7</sup>.

À l'heure actuelle, c'est le Règlement général pour la protection des données<sup>8</sup> (le « RGPD ») qui s'impose directement aux entreprises et auxquelles celles-ci doivent se référer lorsqu'elles souhaitent mettre en œuvre un profilage. Le présent article s'attachera donc à tracer les grandes lignes du régime juridique applicable au profilage depuis mai 2018, en abordant dans un premier temps la définition du profilage ou des différents types de profilages pour envisager, dans une seconde partie, les obligations à charge des responsables de traitement dans un tel contexte.

Notons enfin que la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, telle que révisée en 2018, dénommée Convention 108+<sup>9</sup>, consacre désormais un droit à l'autonomie personnelle basée sur le droit de contrôler ses données<sup>10</sup>, appelé aussi droit à l'autodétermination informationnelle<sup>11</sup>.

## CHAPITRE I – DÉFINITION ET NOTION

Il n'est pas exagéré de dire que la question du profilage constitue l'une des thématiques les plus importantes du RGPD, puisque le terme « profilage » ne revient pas moins de 22 fois dans le texte, en étant présent dans 8 considérants différents et 8 articles. Dès le premier considérant, on comprend que l'objectif du législateur était de viser les activités menées par les géants américains membres du GAFAM avec les données des ressortissants européens.

Le RGPD retient la définition qui suit du terme profilage<sup>12</sup> : « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique »<sup>13</sup>.

Notons que la définition précitée ne fait aucunement intervenir la notion de décision (éventuellement entièrement automatisée) produisant des effets juridiques ou de conséquences importantes à l'égard d'un individu, tel que cela peut ressortir respectivement des articles 35 et 22 du RGPD. Tout profilage n'implique donc pas une telle décision.

Partant, deux autres types de profilage avec un régime juridique différent se distinguent, à savoir, d'une part, le profilage sur la base duquel est fondée une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire et, d'autre part, le profilage fondant exclusivement une telle décision.

Cette trilogie a été mise en exergue par le Groupe 29<sup>14</sup>. Si d'aucuns estiment que le nombre de trois est artificiel et que celui-ci devrait se réduire à deux<sup>15</sup>, comme d'autres<sup>16</sup>, nous nous baserons dans la présente analyse sur les catégories distinguées par le Groupe 29, pour permettre une analyse plus aisée, mais aussi parce que ce nombre de trois sera sans doute celui qui s'imposera, même si les lignes directrices du Groupe 29 n'ont pas valeur de loi<sup>17</sup>.

Le présent chapitre se divisera en deux parties, l'une consacrée aux éléments caractéristiques du profilage en

6. *Idem*.

7. Art. 15, Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.*, L 281, 23 novembre 1995, pp. 31-50 (la « Directive 95/46 »).

8. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L 119, 4 mai 2016, pp. 1-88. Le RGPD est entré en vigueur le 25 mai 2018.

9. Texte disponible à l'adresse suivante : <https://rm.coe.int/convention-108-convention-pour-la-protection-des-personnes-a-l-egard-d-16808b3726> – consulté le 30 juillet 2020. Voir plus particulièrement l'article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, *litera c* et le point 76 du rapport explicatif.

10. C. DE TERWANGNE, « La réforme de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, sous la direction de C. Castets-Renard, Larcier, 2015, p. 81 (article disponible en ligne <http://www.crid.be/pdf/public/7635.pdf> – consulté le 30 juillet 2020).

11. Sur un tel droit, voir Y. Poullet et A. Rouvroy, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une rééva-

luation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », *État de droit et virtualité*, sous la direction de K. Benykhlef et P. Trudel, *Thémis*, 2009, pp. 157-222 (article disponible en ligne <http://www.crid.be/pdf/public/6050.pdf> – consulté le 30 juillet 2020).

12. Art. 4.4 du RGPD.

13. Pour d'autres définitions de la notion de profilage, en dehors du RGPD, voir M. LENS, *GDPR & Convention 108 : Adequate protection in a Big Data era ?*, Tilburg University, 8 juin 2018 (<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=145716> – consulté le 29 juillet 2020), p. 10.

14. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, WP251rev.01 (ci-après les « Lignes directrices »), p. 7.

15. N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *Communication commerce électronique*, LexisNexis, avril 2018, n° 4, dossier 15, n° 2.

16. M. LENS, *op. cit.*, p. 16 et également, A. BEELEN, « Fiche de guidance n° 25 – Droit 8 – Le droit à ne pas faire l'objet d'une décision automatique, y compris le profilage », *Guide pratique du RGPD – Fiches de guidance*, Bruylant, 2018, pp. 173 à 185.

17. En ce sens, Bruxelles (Cour des marchés (19<sup>e</sup> ch. A)), 19 février 2020, 2009/AR/1600 ; Conseil d'État fr., décision n° 434684, Séance du 12 juin 2020, Lecture du 19 juin 2020.

général et l'autre sur les deux autres types de profilage que sont le profilage fondant la prise de décision, d'une part, et le profilage fondant une prise de décision exclusivement automatique, d'autre part.

### Section 1 : Éléments caractéristiques du profilage en général

Un premier niveau de lecture permet de distinguer trois conditions devant être remplies pour satisfaire à la définition de profilage, à savoir :

- un traitement *automatisé* ;
- un traitement de *données personnelles* ;
- en vue de l'*évaluation* d'aspects d'une personne physique (afin, par exemple, d'analyser ou de prédire un comportement ou une caractéristique de la personne physique).

Sans que ces hypothèses soient limitatives, la définition de l'article 4.4 du RGPD cite ensuite différents éléments pouvant être analysés ou prédits grâce à un profilage.

D'une manière logique, ces trois conditions sont également celles relevées par le groupe de travail de l'article 29 (le « Groupe 29 » – prédécesseur du Comité européen de la protection des données (EDPB pour son acronyme anglais) dans ses lignes directrices sur le profilage et les décisions automatisées<sup>18</sup>.

Revenons sur chacun de ces trois éléments de cette première catégorie de profilage.

La première des conditions impose un traitement *automatisé*. Selon le Groupe 29<sup>19</sup>, du fait de l'absence du terme « entièrement » ou « exclusivement », à l'instar de la formule retenue par le législateur à l'article 22, la définition de l'article 4 ne requiert donc pas que ce traitement soit entièrement ou exclusivement automatisé. L'intervention humaine dans l'établissement du profil ne saurait donc pas, partant, exclure un profilage de la qualification juridique. Celle-ci s'étendrait donc à des systèmes établissant des profils aussi de manière partiellement automatisée. Si cette analyse est suivie par certains<sup>20</sup>, elle n'emporte toutefois pas l'adhésion d'autres auteurs de doctrine<sup>21</sup>.

Le deuxième élément de la définition est le traitement de *données personnelles*, qui n'emporte pas de question particulière.

Il en va différemment pour la troisième des conditions. Pour rappel, le RGPD exige que le traitement soit effectué « pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique ». L'élément central de cette condition est la nécessité d'un objectif d'évaluation du comportement ou de caractéristiques personnelles d'un individu, en vue d'une analyse ou d'une prédiction.

Comme le fait le Groupe 29, il y a lieu de constater que l'emploi du terme « évaluation » dans la définition implique que le profilage doit comporter une certaine forme d'appréciation ou de jugement à l'égard d'une personne. Par ailleurs, il découle de l'utilisation de la conjonction « ou » entre l'analyse et la prédiction d'éléments se rapportant à une personne qu'il n'est pas nécessaire que le profilage ne vise que l'établissement de profils prédictifs des individus pour constituer un profilage au sens du RGPD<sup>22</sup>.

Est-ce à dire que la simple classification de personnes à partir de critères du type lieu de résidence, âge, sexe constitue un profilage au sens du RGPD ? L'opinion positive est parfois retenue<sup>23</sup>. Le Groupe 29 nuance toutefois quelque peu l'analyse en exposant que la qualification de profilage d'une classification dépendra du but poursuivi par le responsable de traitement lors de l'établissement de celle-ci. Pour le Groupe 29, si la raison d'une telle classification est purement statistique, celle-ci ne doit pas être qualifiée de profilage. En revanche, si cette classification permet de prédire le comportement d'une personne concernée, mais aussi de tirer des conclusions par rapport à celui-ci, le Groupe 29 estime qu'une telle segmentation des personnes doit être qualifiée de profilage.

Un responsable de traitement tire-t-il déjà des conclusions sur un individu si, grâce à une segmentation de sa clientèle, il choisit d'envoyer de la publicité pour certains produits plutôt que d'autres ? Il semblerait que oui, l'objectif de la classification étant bien pour le responsable de tirer des conclusions directement applicables auprès de la personne concernée. Cela étant dit, un tel traitement n'entre pas nécessairement dans la définition de l'une des autres catégories de profilage, au régime juridique plus strict.

18. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 7.

19. *Idem.*

20. M. LENS, *op. cit.*, p. 15.

21. N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de

décision automatisée », *Communication commerce électronique*, LexisNexis, février 2018, n° 2, comm. 14, p. 2.

22. *Idem.*

23. *Idem.*

## Section 2 : Autres catégories de profilage

Tel que mentionné précédemment, en sus du profilage en général, le Groupe 29 met en exergue deux autres catégories de profilage, à savoir (i) le profilage sur lequel est basée une *décision produisant des effets juridiques à l'égard à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire* (art. 35 du RGPD) et (ii) celui sur lequel est basée exclusivement une telle décision (art. 22 du RGPD).

La différence entre ces deux catégories repose sur le caractère exclusivement automatique de la décision : dans le profilage de l'article 22 au régime juridique le plus strict, aucune intervention humaine dans la chaîne des traitements n'existe. Cela étant dit, le responsable de traitement ne saurait disqualifier un profilage de cette catégorie en faisant intervenir l'humain de manière insignifiante, symbolique ou artificielle. Les Lignes directrices du Groupe 29 exposent à cet égard que le contrôle humain doit être effectué par une personne qui a l'autorité et les compétences pour modifier la décision<sup>24</sup>.

Cependant, dans les deux types de profilage, la décision prise sur la base de celui-ci doit produire *des effets juridiques à l'égard à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire*. Les Lignes directrices s'attachent à préciser cette notion qui existait déjà à l'article 15 de la directive 95/46.

La première de ces deux notions se comprend aisément. Les Lignes directrices considèrent qu'une décision produit des effets juridiques dès lors que les droits et obligations des individus sont modifiés ou encore que leur statut légal change. Tel serait le cas, par exemple, si le droit de vote d'un individu est modifié, sa liberté de s'associer affectée ou encore si ses droits en vertu d'un contrat changent, si une allocation sociale lui est refusée<sup>25</sup>, si un service de téléphone est interrompu automatiquement à la suite d'un défaut de paiement<sup>26</sup> ou en cas d'augmentation automatique d'une prime d'assurance dépendant du style de conduite<sup>27</sup>.

La seconde hypothèse concernant des effets non juridiques, mais affectant la personne de la même manière et significativement, est plus difficile à appréhender. Le considérant 71 du RGPD précise quelque peu la notion en citant des exemples, à savoir le rejet automatique d'un crédit en ligne ou des pratiques de recrutement sans aucune intervention humaine. Sur cette notion, les Lignes directrices sont relativement longues. Pour le Groupe 29, entrent dans cette catégorie les décisions qui ont un impact important sur le comportement ou les choix des individus, ou un impact long, voire permanent, voire encore qui mènent à une discrimination des personnes ou une exclusion d'un groupe. Les Lignes directrices estiment également qu'il faut contextualiser le traitement. En effet, un traitement qui peut avoir peu d'incidence sur les personnes en général peut par ailleurs influencer fortement certains groupes. À titre d'exemple, les auteurs citent l'octroi d'une promotion à un membre du personnel<sup>28</sup> ou la conclusion de *smart contracts*<sup>29</sup>.

Comme certains auteurs le soulignent, il est regrettable que la position des Lignes directrices concernant la publicité ciblée ne soit pas entièrement claire<sup>30</sup>, l'une des questions compliquées étant de déterminer le seuil à partir duquel un individu est significativement impacté.

Il semble qu'il faille toutefois distinguer le profilage commercial simple (à savoir une segmentation basique d'un groupe de population utilisant des critères simples tels que le sexe, le lieu de résidence, etc.) d'un profilage plus complexe et intrusif, déterminant les attentes et souhaits de la personne. Constituerait une décision relevant de l'article 22, par exemple, l'adaptation de la limite d'une carte de crédit effectuée sur des critères non traditionnels comme l'analyse de comportements d'autres consommateurs vivant dans la même région, fréquentant les mêmes lieux, etc.<sup>31</sup>.

## CHAPITRE II – OBLIGATIONS DES RESPONSABLES DE TRAITEMENT, PENDANT DES DROITS DE PERSONNES CONCERNÉES<sup>32</sup>

La plus évidente de ces obligations est sans doute celle de l'article 22 du RGPD dans la mesure où un article entier y

24. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 28.

25. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 23.

26. N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *Communication commerce électronique*, *op. cit.*, p. 3, n° 4.

27. Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, *op. cit.*, p. 135.

28. Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, *op. cit.*, p. 135.

29. M. FINCK, « Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR », *International Data Privacy Law*, Oxford Academic, 2019, vol. 9, n° 2, p. 84.

30. N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *op. cit.*; N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clari-

fication sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *op. cit.*, p. 3; N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *Communication commerce électronique*, *op. cit.*, p. 3, n° 4.

31. N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *Communication commerce électronique*, *op. cit.*, p. 3, n° 4.

32. Pour un tableau récapitulatif des différents articles relevant et les obligations en découlant, voir N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *op. cit.*, p. 6.

est consacré et que l'attention du Groupe 29 est essentiellement portée autour de cet article<sup>33</sup>.

À côté toutefois de cette obligation reposent sur le responsable du traitement d'autres obligations spécifiques, prévues de manière éparse dans le RGPD et venant pour la plupart aussi renforcer les droits des personnes concernées. Celles-ci sont relatives au droit à l'information des personnes concernées, à leur droit d'accès et à leur droit d'opposition, mais aussi aux analyses d'impact, à la désignation d'un délégué à la protection des données et au contenu des règles d'entreprise contraignantes.

Rappelons néanmoins qu'en tout état de cause le régime juridique spécial qui s'applique à certains profilages n'exonère naturellement pas les responsables de traitement de se conformer aux autres obligations imposées le RGPD, comme celle de ne traiter les données que de manière loyale et licite ou encore de mettre en place des mesures de sécurité adaptées.

### Section 1 : Obligation de transparence – droit à l'information

Chronologiquement dans le texte, la première de ces obligations concerne l'obligation d'information de personnes concernées ou, pourrait-on dire encore, l'obligation de transparence du responsable de traitement. S'agissant du profilage, l'article 13, 2, f) et l'article 14, 2, g) exigent en effet du responsable de traitement, en vue de garantir un traitement équitable et transparent, qu'il informe la personne concernée de « l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22, paragraphes 1 et 4, et, au moins en pareil cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée ».

À la lecture du texte, cette obligation de transparence renforcée, qui vient s'ajouter aux informations à fournir en toute circonstance, ne semble trouver application qu'en cas de profilage fondant une décision exclusivement automatisée<sup>34</sup>.

Rappelons à ce stade que si seule cette dernière catégorie est visée par cette obligation particulière, les deux autres

types de profilage (à savoir donc le profilage en général et le profilage fondant une décision non exclusivement automatisée) restent gouvernés par l'obligation générale de transparence de l'article 5(1)(a). Se basant sur le considérant 60 du RGPD dont la rédaction est large et ne se limite pas aux traitements de l'article 22, le Groupe 29 en déduit une obligation générale d'informer les personnes de l'existence d'un profilage et de son fonctionnement, non restreinte donc aux profilages fondant une décision exclusivement automatisée<sup>35</sup>. Les guidances du Groupe 29 n'ayant pas force de loi<sup>36</sup>, il faudra probablement attendre des décisions de jurisprudence pour clarifier si une telle obligation s'impose bien aux responsables de traitement.

D'aucuns s'étonnent en outre du renvoi effectué vers les paragraphes 1 et 4 de l'article 22 dans la mesure où il est demandé aux responsables de traitement de fournir des informations à l'égard d'un profilage qui ne devrait pas exister et estiment qu'il faudra plus faire référence sur ce point à l'esprit qu'à la lettre de la loi<sup>37</sup>. Notons toutefois, les considérations ci-dessous relatives au considérant 71 qui précise qu'« en tout état de cause, un traitement de ce type devrait être assorti de garanties appropriées, qui devraient comprendre une information spécifique de la personne concernée ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision ».

Par ailleurs, l'article 13, 2, f) et l'article 14, 2, g) exigent du responsable du traitement qu'il indique la *logique* sous-jacente à la prise de décision automatisée et au profilage, tout comme *l'importance et les conséquences* d'un tel traitement pour la personne visée par le profilage.

Comme l'expose le professeur Yves Poullet, il n'est pas nécessairement toujours évident pour les responsables de traitement de satisfaire à une telle obligation et de communiquer la logique sous-jacente lorsque les technologies d'intelligence artificielle (IA) utilisées reposent, par exemple, sur le *deep learning*. Et celui-ci d'expliquer dans une telle hypothèse, que « l'algorithme ne suit pas une logique sous-jacente décidée *a priori*. Dans le cas d'IA, la notion "d'information utile" reste floue, et leur caractère de "*deep learning*" rend l'obligation du responsable diffi-

33. N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *op. cit.*; N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *op. cit.*

34. En ce sens, N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *op. cit.*; N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *op. cit.*, p. 5.

35. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, WP251rev.01, p. 18.

36. En ce sens, Bruxelles (Cour des marchés (19<sup>e</sup> ch. A)), 19 février 2020, 2009/AR/1600; Conseil d'État fr., décision n° 434684, Séance du 12 juin 2020, Lecture du 19 juin 2020.

37. En ce sens, N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *op. cit.*; N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *op. cit.*, p. 5.

cile à appliquer, les logiciels d'IA opérant, vu leur caractère évolutif, de manière peu transparente y compris pour leur concepteur »<sup>38</sup>. La critique de cet auteur va encore plus loin, en ce sens que les géants de la donnée tels que les GAFAM, Spotify, Snapchat, etc. n'utilisent plus de logique *a priori* d'analyse de données, mais développent des profils en comparant les données, de sorte qu'ils pourraient se dédouaner de cette obligation en invoquant l'absence de logique sous-jacente<sup>39</sup>.

Concernant le contenu de l'information à fournir, le Groupe 29 fournit encore de la guidance. Les informations quant à la logique ne doivent pas être mathématiques ou techniques. Le responsable de traitement doit privilégier des informations relatives, par exemple, au type de données utilisées, les raisons pour lesquelles elles sont jugées pertinentes, la façon dont le profil est établi<sup>40</sup>.

Sur la notion d'importance et des conséquences pour la personne physique, la doctrine estime que deux éléments peuvent être visés par le mot *importance*. Soit il est renvoyé au degré de gravité des conséquences, auquel cas il y aurait une certaine redondance dans la formulation. Soit ce terme importance ferait référence « à l'importance pour la personne concernée de ne pas simplement recevoir des informations utiles concernant la logique employée, mais également de comprendre cette logique et cette décision »<sup>41</sup>.

Seule cette obligation de transparence renforcée permet le consentement explicite de la personne concernée qui autorise, sur le pied de l'article 22, paragraphe 2, *litera c*), un responsable du traitement à procéder à des prises de décision automatisées<sup>42</sup>.

## Section 2 : Obligation de donner accès

Déjà présent à l'article 12 de la directive 95/46, le droit d'accès est le pendant logique du droit à l'information et s'inscrit dans la continuité de celui-ci<sup>43</sup>. À l'inverse toutefois du droit à l'information (ou pourrait-on dire, de l'obligation de fournir certaines informations) où l'attitude de la personne concernée est passive en recevant des informations de la part du responsable de traitement qui doit lui fournir ces informations spontanément, ce droit intervient à l'initiative de la personne concernée. Ici, la personne concernée reçoit une série

d'informations à sa demande afin de pouvoir vérifier la légalité des traitements effectués par le responsable de traitement.

Parmi les informations qui peuvent être demandées au responsable du traitement lors de l'exercice de ce droit d'accès, l'une d'elles a trait au profilage. Le *litera h*) de l'article 15 reprend mot pour mot les informations qui doivent être fournies spontanément par le responsable du traitement dans le cadre de l'obligation d'information de l'article 12 du RGPD. Dans ce contexte, les limites et interrogations quant à la portée de l'information s'appliquent également dans le contexte du droit d'accès (*cf. ci-dessus*).

Notons encore que le considérant 63 précise quelque peu la portée du droit d'accès. Ce faisant, le législateur dispose que « [...] toute personne concernée devrait avoir le droit de connaître et de se faire communiquer [...] la logique qui sous-tend leur éventuel traitement automatisé et les conséquences que ce traitement pourrait avoir, au moins en cas de profilage ». Tout comme le considérant 60, le considérant 63 ne limite pas son propos au profilage fondant une décision exclusivement automatisée, contrairement à la formulation retenue dans le texte de l'article 15 qui vise expressément le profilage effectué dans le contexte de l'article 22.

Le considérant 63 évoque également la question des droits d'auteur protégeant le logiciel et les secrets d'affaires du responsable de traitement, en ce sens que le droit d'accès ne saurait contrevenir à ceux-ci. Sur ce point toutefois, selon Yves Poullet, aucune raison ne permet de privilégier ces premiers par rapport à ce dernier, surtout lorsque les opérations de profilage « concernent une part importante de la population et mettent en jeu des intérêts économiques ou sociaux majeurs »<sup>44</sup>.

Enfin, précisons encore dans le contexte du droit d'accès, mais cette précision aurait vocation à s'appliquer dans le cadre de l'article 12), que le Groupe 29 expose que la personne concernée doit pouvoir obtenir des précisions quant aux catégories de données utilisées pour l'élaboration du profil, aux segments dans lesquels elle été placée<sup>45</sup>. Le Groupe 29 détaille aussi que le responsable du traitement devra mettre à disposition les données utilisées pour réaliser le profil.

38. Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 136, n° 38 et les notes y citées.

39. *Idem*.

40. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 35.

41. Th. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, sous la direction de C. De Terwangne et K. Rosier, coll. CRIDS, Larcier, 2018, p. 432, n° 35.

42. EDPB, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, p. 20, n° 91.

43. C. PIERRE-BEAUSSE, *La protection des données personnelles*, Promoculture, 2005, p. 245, n° 310 ; Th. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, p. 432, n° 35.

44. Y. POULLET, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, *op. cit.*, p. 138.

45. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 18.

### Section 3 : Droit d'opposition

Deux régimes au niveau du droit d'opposition peuvent être distingués. D'une part le régime général, applicable au profilage autre que celui en lien avec une décision exclusivement automatisée et d'autre part, le droit spécifique de l'article 22.

#### A. Droit d'opposition en général

Des dispositions spécifiques au profilage ont été prévues dans le cadre du droit d'opposition général.

L'article 21 du RGPD dispose qu'un individu a le droit de s'opposer à un traitement, en ce compris un profilage, lorsque celui-ci est basé sur l'intérêt légitime du responsable de traitement<sup>46</sup> (art. 6.1, f), du RGPD) s'il peut justifier d'une situation particulière<sup>47</sup>. Le droit d'opposition n'est en effet pas absolu, et le responsable du traitement pourra refuser de faire droit à la demande de la personne concernée s'il est capable de démontrer des motifs légitimes et impérieux pouvant prévaloir sur les droits et libertés de la personne concernée ayant fait la demande. La charge de la preuve est ainsi modifiée, puisque la démonstration de la prévalence du motif impérieux sur l'intérêt de la personne concernée repose sur le responsable de traitement<sup>48</sup>.

La portée de cette obligation en fonction du type de profilage ne pose pas de question particulière : elle a vocation à s'appliquer pour tout type de profilage, et donc pas uniquement pour ceux en lien avec une décision fondée uniquement sur la base d'un traitement automatisé.

Selon le RGPD, le responsable de traitement n'est pas autorisé à faire valoir de tels motifs lorsque le profilage, de même que tout autre acte de traitement, est effectué à des fins de prospection. Dès lors que le profilage est lié à une telle prospection, le droit d'opposition est absolu, et le responsable de traitement se doit de mettre fin au profilage<sup>49-50</sup>.

Comme le rappelle Thomas Tombal, ce droit d'opposition se distingue du droit de rétractation du consentement,

alors que les deux sont souvent confondus. L'objectif de l'article 21 est de permettre à une personne concernée de s'opposer à un traitement qui n'est pas effectué sur la base du consentement de celui-ci, mais bien en vertu d'une autre base de légitimité<sup>51</sup>. Même si le consentement n'était dès lors pas nécessaire pour fonder le traitement (y compris le profilage), la personne concernée pourra toutefois s'y opposer.

#### B. Droit d'opposition de l'article 22

L'article 22 permet à une personne concernée de s'opposer à une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé et donc à un profilage fondant une telle décision. Comme l'explique parfaitement Thomas Tombal, « [c]e droit fait écho à la volonté forte qu'a l'humain de ne pas être intégralement soumis à la machine, celui-ci n'acceptant pas l'idée qu'une décision puisse lui être imposée sur la seule base de conclusions auxquelles cette machine est parvenue »<sup>52</sup>.

La doctrine regrette les différentes limites qui ont été posées à ce droit d'opposition par le paragraphe 2, parce que les hypothèses visées dans celui-ci sont en pratique les plus fréquentes, à savoir un traitement basé sur l'exécution d'un contrat ou des mesures précontractuelles ou le consentement<sup>53</sup>. Cette limitation est quelque peu contrebalancée par le fait qu'en vertu du paragraphe 3, le responsable de traitement doit mettre en œuvre « des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée, au moins du droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue et de contester la décision ». S'agissant de ces mesures appropriées, le considérant 71 précise que ces mesures devraient « comprendre une information spécifique de la personne concernée ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision ». Toutefois, un considérant n'ayant pas force de loi, l'existence d'un droit d'obtenir une explication sur la décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé semble discutée<sup>54</sup>.

46. Ou encore lorsque le profilage est effectué sur la base de l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique (art. 6.1, e), RGPD).

47. Ce droit d'opposition n'est pas nouveau, figurant déjà à l'article 14 de la directive 95/46.

48. Y. Poullet, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, op. cit., p. 135.

49. Notons que la directive 95/46 permettait déjà aux États membres d'introduire une disposition de ce type, possibilité que le législateur luxembourgeois avait retenue dans l'article 30 de la Loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, *Mém. A / J.O.G.D.L.* n°91, 13 avril 2001, p. 1836 (la « Loi de 2002 »). Sur cette disposition, voir C. PIERRE-BEAUSSE, op. cit., p. 257, n° 333.

50. Notons encore que le considérant 70 du RGPD précise encore que l'exercice et la mise en œuvre d'un tel droit d'opposition doit être gratuit, gratuité qui se trouvait déjà dans l'article 30 de la Loi de 2002.

51. Th. Tombal, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 524, n° 170.

52. Th. Tombal, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 532, n° 179 et les références y citées.

53. Y. Poullet, *La vie privée à l'heure de la société numérique*, op. cit., p. 135.

54. S. Wachter, B. Mittelstadt et L. Floridi, « Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation », *International Data Privacy Law*, Oxford Academic, 2017, vol. 7, n° 2, pp. 76-99, cité par Th. Tombal, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », op. cit., p. 535, n° 182.

## Section 4 : Droit à l'effacement

Par un renvoi à l'article 21 et aux traitements visés par celui-ci, dont aussi le profilage, l'article 17 consacre le droit à l'oubli pour le profilage général ou fondant une décision sans qu'il soit nécessaire de satisfaire aux conditions de l'article 22 et du profilage en lien avec une décision exclusivement automatisée. Ce droit n'emporte pas de questionnement particulier par rapport au profilage et il y est renvoyé<sup>55</sup>.

## Section 5 : Analyse d'impact

Au-delà des obligations précédentes qui sont classiquement classifiées dans les RGPD dans les droits des personnes concernées, le RGPD adresse encore spécifiquement la question du profilage lorsqu'il aborde la question des analyses d'impact.

L'article 35, paragraphe 3, du RGPD dispose en effet qu'une analyse d'impact est notamment requise en cas de « a) l'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels concernant des personnes physiques, qui est fondée sur un traitement automatisé, y compris le profilage, et sur la base de laquelle sont prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire [...] »<sup>56</sup>.

Ici encore est illustré le soin avec lequel le législateur européen a voulu encadrer certains types de profilage et le danger qu'ils représentent pour celui-ci.

Sont présumés constituer un risque élevé pour les droits et libertés des individus, et donc faire l'objet d'une analyse d'impact, les profilages effectués par un traitement automatisé et sur lequel se fonde l'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels d'un individu.

Quels sont les types de profilage visés ici ? La formule étonne quelque peu. Le début de la disposition laisse penser que la catégorie de profilage visé ici correspond à la catégorie générale de profilage telle que définie par l'article 4, *littera* 4, du RGPD.

De fait, l'article 35 ne fait que reprendre les éléments constitutifs de ladite définition, à savoir (i) un traitement automatisé permettant (ii) une évaluation des certains aspects de la personne. Toutefois, l'article 35 ajoute ensuite la nécessité d'une « *décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire* », sans pour autant exiger que cette décision soit prise de manière exclusivement automatisée comme cela est le cas dans l'article 22. C'est à partir de cette disposition que le Groupe 29 a mis en exergue le deuxième type de profilage.

La nécessité, par défaut, d'une analyse d'impact ne se limite donc pas aux profilages en lien avec des décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé, mais s'impose dès lors que le profilage fonde une décision du responsable du traitement, qu'elle soit ou non exclusivement automatisée<sup>57</sup>.

Dans ses lignes directrices spécifiques à l'analyse d'impact, le Groupe 29 désigne comme critère d'un risque inhérent élevé les « *évaluation ou notation, y compris les activités de profilage et de prédiction, portant notamment sur des "aspects concernant le rendement au travail de la personne concernée, sa situation économique, sa santé, ses préférences ou centres d'intérêt personnels, sa fiabilité ou son comportement, ou sa localisation et ses déplacements" (considérents 71 et 91). À titre d'exemple, prenons le cas d'un établissement financier passant ses clients au crible d'une base de données de cote de crédit ou d'une base de données dédiée à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LBC/FT) ou "antifraude", celui d'une société de biotechnologie proposant des tests génétiques directement aux consommateurs afin d'évaluer et de prédire les risques de maladie/de problèmes de santé, ou encore celui d'une entreprise analysant les usages ou la navigation sur son site Web pour créer des profils comportementaux ou marketing* »<sup>58</sup>.

Le Groupe 29 précise, en outre, que, dans son analyse d'impact, le responsable de traitement devrait identifier et consigner le degré d'intervention humaine dans le processus de prise de décision et le stade auquel cela se produit afin de justifier en quoi la décision n'est pas exclusivement automatique<sup>59</sup>.

55. Pour une analyse du droit à l'effacement : Th. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le RGPD », *op. cit.*, pp. 457 à 481.

56. F. DUMORTIER, « La sécurité des traitements de données, les analyses d'impact et les violations de données », *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, sous la direction de C. De Terwangne et K. Rosier, *op. cit.*, pp. 198 et s. ; N. MARTIAL-BRAZ, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *op. cit.* ; N. METTALLINOS, « Lignes directrices du G29 sur le profilage – Tentative de clarification sur le régime spécial applicable au profilage et à la prise de décision automatisée », *op. cit.*, p. 5 ; Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 33.

57. En ce sens notamment, F. DUMORTIER, « La sécurité des traitements de données, les analyses d'impact et les violations de données », *op. cit.*, p. 199, n° 30.

58. Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679, WP 248 rév. 01, p. 10.

59. Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, *op. cit.*, p. 28.



Notons toutefois que les développements qui précèdent ne signifient pas qu'un profilage général sur la base duquel aucune décision ne serait prise ne doit jamais faire l'objet d'une analyse d'impact, simplement celle-ci ne sera requise que si le profilage répond aux conditions générales de celle-ci, à l'instar de tout autre traitement.

### Section 6 : Délégué à la protection des données

L'article 37 (1)(b) exige qu'un délégué à la protection des données (DPO pour son acronyme anglais) soit désigné lorsque les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des opérations de traitement qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées.

De manière logique sur ce point, le Groupe 29 précise que si le profilage (en lien ou non avec une décision ou une décision exclusivement automatisée) constitue l'activité de base du responsable de traitement, que ce profilage est effectué à grande échelle et requiert un suivi des personnes régulier et systématique, le responsable de traitement a l'obligation de désigner un DPO<sup>60</sup>.

Par conséquent, la désignation d'un DPO n'est pas systématiquement requise dès qu'un profilage est effectué. Cela dépend de l'activité de base du responsable de traitement et de la question de savoir si le traitement se fait à grande échelle.

### Section 7 : Règles d'entreprises contraignantes

Afin d'être complet, il convient également de noter que lorsque le responsable de traitement entend mettre en place des règles d'entreprise contraignantes (BCR pour

son acronyme anglais), conformément à l'article 47, e), du RGPD, celles-ci doivent obligatoirement prévoir que les individus disposent du droit de ne pas faire l'objet de décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, conformément à l'article 22 du RGPD.

Partant, cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer pour le profilage en général répondant aux conditions de l'article 4(4) ou des profilages fondant des décisions non exclusivement basées sur un traitement automatisé.

## CONCLUSION

Aux termes du RGPD, le profilage concerne trois hypothèses :

1. un profilage général ;
2. une prise de décision fondée sur le profilage ; et
3. une prise de décision exclusivement automatisée.

La difficulté de l'exercice pour les responsables de traitement est de déterminer dans quelle catégorie de profilage leur traitement s'inscrit et, dès lors, à quel régime légal spécifique ils devront se conformer, outre les obligations générales s'appliquant à tout acte de traitement.

Le droit d'opposition général, le droit à l'effacement, l'analyse d'impact (de manière toutefois non systématique) et la désignation d'un DPO dans l'hypothèse d'un traitement à grande échelle s'imposent à tous les profilages.

En revanche, les obligations de transparence et d'accès renforcées et l'encadrement des BCR ne s'appliquent, eux, qu'aux profilages en lien avec une décision exclusivement automatisée, de même que le droit d'opposition de l'article 22. ■■■

*Nota Bene : Les auteurs attirent l'attention du lecteur sur le fait qu'entre la date de rédaction de l'article et sa publication, l'EDPB a publié le 2 septembre 2020 des lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de média sociaux dont il n'a pas été possible de tenir compte lors de la rédaction.*

<sup>60</sup>. Lignes directrices concernant les délégués à la protection des données (DPD), WP 243 rev.01, p. 10.