



Draft of the EU Commission on a European AI regulation
(Artificial Intelligence Act) 21 April 2021

Established in 1947, the *Commission nationale consultative des droits de l'Homme* (CNC DH) [National Advisory Commission on Human Rights] is a national institution which promotes and protects human rights in France, as defined by the United Nations. It is accredited with A status by the United Nations, which attests to its compliance with the Paris Principles. The CNC DH is thus recognised as an independent institution with a pluralist operation and broad mandate for promoting and protecting human rights. Through its opinions, studies and recommendations, it independently plays an advisory role and makes proposals to Government and Parliament in matters of human rights, international humanitarian law and humanitarian action. It makes a major contribution to international mechanisms for monitoring France's international commitments, interacting with United Nations bodies and those of the Council of Europe. It participates in monitoring and evaluating a number of public policies relating to rights protected by European and international human rights conventions.

For several years, the CNC DH has been interested in certain artificial intelligence applications. It recently published an [opinion on preventing online hate](#), which includes developments on how moderation algorithms work. Next November, it will give a more general opinion on the impact of artificial intelligence on human rights.

The CNC DH welcomes the proposal for a regulation from the European Commission establishing a regulatory framework for artificial intelligence. It has developed considerably in recent years, as much in the private as in the public sector, with no specific and appropriate legal framework. In order to remedy this, the draft regulation sets a number of requirements *"to foster the development, use and uptake of artificial intelligence in the internal market that at the same time meets a high level of protection of public interests, such as health and safety and the protection of fundamental rights, as recognised and protected by Union law"* (recital 5).

On reading the document and its annexes, the primary objective of the text is to help develop the European AI market, primarily targeting economic and government actors (suppliers, distributors, users). It lays down requirements for them that vary according to the level of risk posed by the AI applications considered. Regarding the guarantees granted to individuals in relation to an AI system – a user or person targeted by an algorithm, the draft regulation refers to other EU texts, in particular the General Data Protection Regulation

(GDPR). Finally, the CNCDH regrets the lack of consideration of fundamental rights within this draft regulation and wishes to make some observations on this subject.

The legitimisation of measures that violate fundamental rights

The draft regulation prohibits a number of AI applications deemed to be contrary to EU values, in particular fundamental rights (art. 5).

However, the CNCDH questions the limited scope of certain restrictions, as well as the absence of restrictions with regard to several types of AI use.

First of all, although the draft regulation lays down a prohibition in principle on the use of “real-time” remote biometric identification systems in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement, it allows a number of exceptions. The third in particular (iii) is especially concerning: by authorising the use of facial recognition, in particular, for the purposes of detection, localisation, identification or prosecution of a perpetrator or suspect, for more than thirty criminal offences¹, the draft regulation calls into question the theoretical prohibition initially stated.

This wide use of remote biometric identification technologies established by the European Commission departs from the recommendations made by certain international bodies. In its guidelines on facial recognition, the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Council of Europe) considers that, in public spaces, *“the use of live facial recognition technologies in uncontrolled environments, in light of the intrusiveness it bares upon the right to privacy and the dignity of individuals, coupled with a risk of adverse impact on other human rights and fundamental freedoms, should be subject to a democratic debate on its use and the possibility of a moratorium pending complete analysis”*².

More recently, in a joint opinion on the draft regulation, the European Data Protection Supervisor and the European Data Protection Board called on the Commission to stick to a general ban on facial recognition³.

Due to the impact on fundamental rights and freedoms of a technology that is still very uncertain, which particularly calls into question the anonymity guaranteeing the actual exercise of these rights in public spaces, the CNCDH fully supports these recommendations.

Moreover, the draft regulation does not prohibit the use of AI for the purpose of detecting people’s emotions. The draft regulation mentions this type of use in Annex 3, which lists the “*high-risk AI systems*” subject, as such, to a number of requirements. In doing so, it gives a form of legitimacy to measures that are particularly detrimental to fundamental rights and freedoms. By deducing the mental state of a witness or suspect, or even an asylum seeker, from the results of emotion recognition technology, again far from being infallible, it is the word of the person and their dignity which are called into question.

¹ The AI Act refers to Article 2 (2) of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States.

² Guidelines on Facial Recognition, 28 January 2021.

³ Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence, 18 June 2021.

In the interest of respecting human dignity and fundamental rights such as the presumption of innocence or the right to asylum, the CNCDH recommends banning the use of emotion detection applications by law enforcement agencies. More broadly, the CNCDH agrees with the wish expressed by the Convention 108 Committee to ban this type of software for restricting access to goods and services, as well as employment⁴.

The CNCDH more generally asks the Commission to initiate the development of more specific studies on the impact of AI on fundamental rights, both across the board and by activity sector, before considering a general marketing authorisation for a given application.

Few guarantees of respect for fundamental rights

The draft regulation only refers to a few rights for people interacting with an AI system or targeted by it: in the event of interacting with software, only the right for an individual to be informed is expressly provided for unless the AI is used for the purpose of preventing or prosecuting an offence (art. 52). In addition, the text stipulates that any decision made on the basis of results from a remote biometric identification system shall be verified and confirmed by two natural persons (art. 14). The CNCDH is concerned about the few rights thus recognised, and the particularly restricted scope of the second requirement.

The text certainly takes care to refer to other reference texts, in particular GDPR. However, the reference to the latter does not seem sufficient for several reasons.

Firstly, if the data is not personal, or if it feeds an AI system after an anonymisation process, GDPR no longer applies.

Secondly, GDPR does not necessarily provide sufficient guarantees to protect people's fundamental rights, including the right to non-discrimination. For example, it provides that a person "*shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing*" (Art. 22 of GDPR). Regardless of the possibilities permitted for departing from this right (in particular if the person consents), the mere reference to human intervention is not sufficient: it should further specify the procedures for human confirmation of a decision having an impact on a person's situation or rights.

The uncertain transposition of fundamental rights into technical standards

The CNCDH wonders how the standardisation bodies, first and foremost the European Committee for Electrotechnical Standardization (CENELEC), will transpose the requirements related to fundamental rights into standards. Concerns about standardisation and the development of standards also apply to the assessment of the conformity of AI applications to these standards by notified bodies in charge of conformity assessment. The latter, familiar with standardised control procedures, and intervening *ex ante*, before the marketing authorisation, will not necessarily have the skills to detect negative effects on fundamental rights that may occur belatedly.

Either because this impact has not been sufficiently anticipated upstream, or – and this is a risk specific to AI – because, by its very mode of operation, when the technology used is based on deep learning, the algorithm is not defined definitively, but is likely to evolve in a direction unforeseeable at the time of its design.

⁴ Guidelines on Facial Recognition, 28 January 2021.



Draft of the EU Commission on a European AI regulation
(Artificial Intelligence Act) 21 April 2021

Créée en 1947, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNC DH) est l'Institution nationale de promotion et de protection des droits de l'Homme française au sens des Nations unies. Elle est accréditée de statut A par les Nations unies, ce qui atteste sa conformité aux Principes de Paris. La CNC DH est ainsi reconnue comme une institution indépendante, au fonctionnement pluraliste, et ayant un mandat large de promotion et de protection des droits de l'Homme. Par ses avis, ses études et ses recommandations, elle assure, de manière indépendante, un rôle de conseil et de proposition auprès du Gouvernement et du Parlement en matière de droits de l'Homme, de droit international humanitaire et d'action humanitaire. Elle contribue largement aux mécanismes internationaux de surveillance des engagements internationaux de la France, interagissant avec les organes des Nations unies et avec ceux du Conseil de l'Europe. Elle participe au contrôle et à l'évaluation de nombre de politiques publiques se rapportant aux droits protégés par les conventions européennes et internationales des droits de l'Homme.

Depuis plusieurs années, la CNC DH s'intéresse à certaines applications de l'intelligence artificielle. Elle a récemment publié un [avis relatif à la lutte contre la haine en ligne](#) (voir également le focus sur ce sujet dans son dernier [rapport sur le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie](#)) qui inclue des développements sur le fonctionnement des algorithmes de modération. En novembre prochain, elle adoptera un avis plus général sur l'impact de l'intelligence artificielle sur les droits de l'Homme.

La CNC DH salue la proposition de règlement de la Commission européenne établissant un cadre de régulation en matière d'intelligence artificielle. Cette dernière s'est considérablement développée ces dernières années, autant dans le secteur privé que dans le public, sans encadrement légal spécifique et approprié. Afin d'y remédier, le projet de règlement fixe un certain nombre d'exigences afin de « *favoriser le développement, l'utilisation et l'adoption de l'intelligence artificielle dans le marché intérieur, tout en respectant un niveau élevé de protection des intérêts publics, tels que la santé et la sécurité et la protection des droits fondamentaux, tels que reconnus et protégés par le droit de l'Union* » (cons. 5).

A la lecture du document et de ses annexes, le texte se présente avant tout pour contribuer au développement du marché européen de l'IA, en visant essentiellement les acteurs économiques et étatiques (fournisseurs, distributeurs, utilisateurs). Il pose des

exigences à leur égard qui varient en fonction du niveau de risque présenté par les applications d'IA envisagées. S'agissant des garanties accordées aux personnes en relation avec un système d'IA – un utilisateur ou une personne visée par un algorithme, le projet de règlement renvoie à d'autres textes de l'UE, en particulier le RGPD. En définitive, la CNCDH regrette la faible prise en compte des droits fondamentaux au sein de ce projet de réglementation, et souhaite formuler quelques observations à ce sujet.

La légitimation de dispositifs attentatoires aux droits fondamentaux

Le projet de règlement prohibe un certain nombre d'application de l'IA, jugées contraires aux valeurs de l'UE, notamment aux droits fondamentaux (art. 5).

La CNCDH s'interroge toutefois sur la portée limitée de certaines interdictions, ainsi que sur l'absence de prohibition à l'égard de plusieurs types d'utilisation de l'IA.

Tout d'abord, bien que le projet de règlement pose une interdiction de principe à l'utilisation de systèmes d'identification biométrique à distance "en temps réel" dans des espaces accessibles au public, à des fins de préservation de l'ordre public, il admet un certain nombre d'exceptions. La troisième en particulier (iii) est particulièrement préoccupante : en autorisant l'utilisation de la reconnaissance faciale, notamment, à des fins de détection, de localisation, d'identification ou de poursuite d'un auteur ou d'un suspect, pour plus d'une trentaine d'infractions pénales⁵, le projet de règlement remet en cause l'interdiction de principe affirmée de prime abord.

Cette large utilisation de technologies d'identification biométrique à distance consacrée par la Commission européenne s'écarte des préconisations formulées par certaines instances internationales. Dans ses lignes directrices sur la reconnaissance faciale, le Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Conseil de l'Europe) estime que, dans les espaces publics, « *le recours aux technologies de reconnaissance faciale à la volée devrait être soumis à un débat démocratique comprenant la possibilité d'un moratoire en attendant une analyse complète du fait de leur nature intrusive pour la vie privée et la dignité des personnes, ajouté à un risque d'impact préjudiciable sur d'autres droits de l'Homme et libertés fondamentales* »⁶.

Plus récemment, dans un avis conjoint relatif au projet de règlement, le Contrôleur et le Comité européen de la protection des données, ont appelé la Commission à s'en tenir à une interdiction générale de la reconnaissance faciale⁷.

En raison de l'impact sur les droits et libertés fondamentaux d'une technologie encore très incertaine, qui remet tout particulièrement en cause l'anonymat garant de leur exercice effectif dans l'espace public, la CNCDH souscrit pleinement à ces recommandations.

Le projet de règlement ne prohibe pas, par ailleurs, l'utilisation de l'IA aux fins de détection des émotions des personnes. Le projet de règlement mentionne ce type d'usage

⁵ Le Règlement renvoie à l'article 2 (2) de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

⁶ Lignes directrices sur la reconnaissance faciale, 28 janvier 2021.

⁷ Avis conjoint 5/2021 sur la proposition de règlement établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle, 18 juin 2021.

dans son annexe 3, qui dresse la liste des systèmes d'IA à haut risque – soumis, en tant que tels, à un certain nombre d'exigences. Ce faisant, il accorde une forme de légitimité à des dispositifs particulièrement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux. En déduisant l'état mental d'un témoin ou d'un suspect, ou encore d'un demandeur d'asile, à partir des résultats d'une technologie de reconnaissance des émotions, là encore loin d'être infaillible, c'est la parole de la personne et sa dignité qui sont remises en cause.

Au nom du respect de la dignité humaine, et des droits fondamentaux tels que la présomption d'innocence ou le droit d'asile, la CNCDH recommande d'interdire l'utilisation des applications de détection des émotions par les forces de l'ordre. Plus largement, la CNCDH rejoint la volonté exprimée par le Comité de la Convention 108 d'interdire les logiciels de ce type pour conditionner l'accès aux biens et services, ainsi qu'à l'emploi⁸.

La CNCDH invite plus généralement la Commission à initier l'élaboration d'études plus précises sur l'impact de l'IA à l'égard des droits fondamentaux, tant d'un point de vue transversal que par secteurs d'activité, avant d'envisager une autorisation générale de mise sur le marché de telle ou telle application.

De rares garanties du respect des droits fondamentaux

Le projet de règlement ne consacre que très peu de droits au bénéfice des personnes interagissant ou visées par un système d'IA : en cas d'interaction avec un logiciel, seul le droit pour la personne d'en être informée est expressément prévu – sauf si l'IA est utilisée à des fins de prévention ou de poursuite d'une infraction (art. 52). Par ailleurs, le texte subordonne à la vérification et à la validation de deux personnes toute décision prise à partir des résultats d'un mécanisme d'identification biométrique à distance (art. 14). La CNCDH s'inquiète du peu de droits ainsi reconnus, et du champ d'application particulièrement restreint de la seconde exigence.

Le texte prend certes le soin de renvoyer à d'autres textes de référence, en particulier le RGPD. Ce dernier ne paraît cependant pas suffisant pour plusieurs raisons.

D'abord, si les données ne sont pas personnelles, ou si elles alimentent un système d'IA au terme d'un processus d'anonymisation, le RGPD n'est plus applicable.

Ensuite, le RGPD n'offre pas nécessairement les garanties suffisantes pour protéger les droits fondamentaux des personnes, y compris le droit à la non-discrimination. Il prévoit par exemple qu'une personne « *a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé* » (art. 22 du RGPD). Indépendamment des possibilités admises de déroger à ce droit (notamment si la personne y consent), la simple référence à une « *intervention humaine* » n'est pas suffisante : il conviendrait de préciser davantage les modalités de validation par l'humain d'une décision ayant une incidence sur la situation ou les droits d'une personne.

La transposition incertaine des droits fondamentaux dans les normes techniques

La CNCDH s'interroge sur la manière dont les organismes de normalisation, au premier rang desquels le CENELEC, traduiront dans les normes techniques les exigences

⁸ Lignes directrices sur la reconnaissance faciale, 28 janvier 2021.

relatives aux droits fondamentaux. Les inquiétudes vis-à-vis de la normalisation et de l'élaboration des normes harmonisées, valent également pour l'évaluation de la conformité des applications de l'IA à ces normes par des organismes de certification. Ces derniers, rompus à des procédures de contrôle standardisées, et intervenant *ex ante*, avant l'autorisation de mise sur le marché, ne disposeront pas nécessairement des compétences pour détecter des effets négatifs sur les droits fondamentaux susceptibles de survenir tardivement.

Soit parce que cet impact n'a pas été anticipé suffisamment en amont, soit – et c'est un risque spécifique à l'IA – parce que, par son mode de fonctionnement même, lorsque la technologie utilisée repose sur un mécanisme d'apprentissage renforcé (*deep learning*), l'algorithme n'est pas défini une fois pour toute, mais susceptible d'évoluer dans un sens imprévisible au moment de sa conception.