La régulation de l'IA en Suisse et en Europe

L'intelligence artificielle et les algorithmes représentent un enjeu majeur pour l'égalité entre femmes et hommes. Le cadre juridique au niveau de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe prend progressivement forme, avec l'adoption de la Loi sur l'IA et de la Convention-cadre. Dans ce contexte, la position suisse est marquée par la prudence et une approche expectative.

Fabian Lütz

Les règles juridiques spécifiques qui s'appliqueraient à un cas de discrimination par un système algorithmique font défaut en Suisse.[1] Face à l'absence d'un cadre réglementaire clair de l'IA, les appels de la classe politique et du monde académique plaidant pour la mise en place de règles juridiques s'intensifient.[2] Cet article résume les nouveaux règlements adoptés par l'Union européenne (UE) et par le Conseil de l'Europe ainsi que leurs potentiels effets en Suisse. Des mesures politiques et juridiques qui pourraient être mises en place en Suisse afin d'éviter ou de réduire les discriminations algorithmiques en matière d'égalité de genre sont également détaillées.

Le cadre juridique européen

À l'heure actuelle, aucune réglementation spécifique relative aux algorithmes ne concerne l'égalité de genre. Toutefois, avec la Loi sur l'IA (en anglais : *EU AI Act*), un cadre général de régulation a été adopté par le Parlement de l'Union européenne (UE) en mars 2023.[3] Ce cadre contribue déjà à lutter contre les discriminations algorithmiques et a des conséquences s'étendant au-delà de la juridiction de l'UE, y compris jusqu'en Suisse. Un deuxième cadre réglementaire existant est la Convention-cadre adoptée par le Conseil de l'Europe, sous Présidence suisse du Comité sur l'intelligence artificielle (CAI). Elle concerne directement la Suisse en tant qu'État membre.

Bien que l'*EU AI ACT* n'interdise pas expressément la discrimination algorithmique, elle participe à promouvoir l'égalité de genre et la non-discrimination. Ainsi, elle établit des régulations pour les systèmes d'IA sur la base d'une classification du risque pour les intérêts publics et les droits fondamentaux, comme par exemple la protection contre la discrimination : risque inacceptable, risque élevé, et risque faible. Les systèmes ayant un risque considéré comme inacceptable seront interdits. Ceux à faible risque n'entraineront pas d'obligations spécifiques. Et ceux à risque élevé devront être conformes à des règles spécifiques, notamment en matière de transparence, de documentation, d'enregistrement des processus et de surveillance par un être humain. A cela s'ajoutent des obligations d'audits qui permettent de s'assurer en amont de l'absence de risque élevé. La loi reconnaît en outre des droits spécifiques aux citoyens et citoyennes subissant les conséquences d'un système d'IA, notamment le droit d'explication d'une décision prise par une IA et le droit de porter plainte pour violation d'une disposition de la loi.

L'*EU AI Act* n'est pas directement applicable en Suisse, mais son effet s'y fera très certainement sentir. En effet, tout développeur et fournisseur d'un système d'IA souhaitant utiliser ou vendre son produit ou service dans l'UE doit respecter l'ensemble des obligations imposées par la loi. Même si juridiquement les entreprises suisses ne sont pas liées par le droit européen – sauf en cas d'interaction avec le marché intérieur de l'UE ou d'effets de systèmes d'IA sur le marché européen – elles auront un intérêt indéniable à intégrer et respecter les obligations mises en place par cette loi.

La Convention-cadre du Conseil de l'Europe, adoptée le 17 mai 2024,[4] vise à fournir un cadre de protection contre les violations des droits humains résultant de l'utilisation d'IA. Basée sur la Recommandation du 8 avril 2020 relative aux impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme,[5] elle établit certaines règles spécifiques relatives à l'égalité de genre et la non-discrimina-

«Actuellement, la Suisse ne compte pas d'autorité en matière d'IA et de discriminations.»

«Un cadre juridique contraignant pour l'utilisation de l'IA et des lois ciblant la discrimination algorithmique ne sont pas encore une réalité en Suisse.»

tion. Malheureusement, l'application de la Convention est restreinte au secteur public, excluant toutes les activités des acteurs privés, majoritairement à l'origine de la création et de l'utilisation de systèmes d'IA. Ainsi, son champ d'application ne serait pas assez large pour permettre un impact positif réel contre les inégalités de genre. Néanmoins, une fois signée et ratifiée par la Suisse, la Convention produira des effets juridiques directs. Plusieurs règles contraignantes pourraient alors voir le jour dans la législation nationale suisse pour soutenir l'égalité entre femmes et hommes dans le cadre algorithmique.

Il existe des mesures concrètes pour contrer la discrimination algorithmique

Les instruments de droit relatifs à la discrimination algorithmique contiennent généralement les éléments pratiques suivants : audits de biais, analyse d'impacts, mesures de transparence et droits individuels.

L'*EU AI ACT* a instauré l'obligation spécifique d'effectuer des audits de biais préalables à l'utilisation d'un système d'IA sur le marché.[6] Souvent, les résultats de ces audits doivent être publiés. Ceux-ci doivent être effectués soit par l'entreprise elle-même, par un tiers mandaté par l'entreprise, ou encore par un tiers indépendant sans lien contractuel direct avec l'entreprise. En fonction du type d'audit effectué et de la compétence en matière d'égalité de genre et non-discrimination de son auteur, le résultat sera plus ou moins indépendant et qualificatif.[7]

Les analyses d'impact sur les droits fondamentaux sont plus générales et ont pour but de détecter des biais ou des risques de discriminations en amont ou durant l'utilisation des systèmes d'IA. L'*EU AI Act* prévoit une telle obligation pour certains systèmes d'IA, notamment ceux utilisés par ou pour le secteur public.

Les mesures de transparence peuvent jouer différents rôles dans la lutte contre les discriminations algorithmiques. Tout d'abord, savoir qu'une décision ait été prise avec une ou par une IA est essentiel afin de vérifier des soupçons de discrimination algorithmique. Ensuite, la transparence et l'explicabilité d'une décision permettent de comprendre la manière dont l'IA a pris une décision, de récolter des indices et de faciliter l'accès aux preuves de discrimination. Sans droit concret de pouvoir accéder aux systèmes d'IA et éventuellement aux bases de données, la transparence n'est toutefois pas utile dans un cas de discrimination. Dès lors, l'*EU AI ACT* et plusieurs projets législatifs prévoient un droit d'information ou d'explication d'une décision algorithmique qui produit des effets à l'égard d'un individu ou d'une entreprise.

Finalement, un droit de plainte pourrait être nécessaire pour des personnes ou entreprises subissant des conséquences juridiques ou autres du fait de l'utilisation d'une IA.

État des lieux et quo vadis en Suisse

Les lois européennes influencent la Suisse à des degrés variables. Les traités ou les Conventions du Conseil de l'Europe ratifiés par la Suisse sont juridiquement contraignants, tandis que les règles de l'UE exercent une influence indirecte importante.

Actuellement, la Suisse ne compte pas d'autorité en matière d'IA et de discriminations. Un équivalent du Bureau européen de l'IA[8], bureau compétent en matière de la Loi sur l'IA conjointement avec les États membres de l'UE, n'existe pas en Suisse. Le Centre européen pour la transparence algorithmique (ECAT) ayant des compétences en matière du Règlement sur les services numériques (DSA) n'a pas non plus d'équivalent en Suisse.[9] Les autorités compétentes au niveau fédéral et cantonal pour l'égalité de genre et la discrimination ne sont pas spécifiquement mandatées pour traiter des questions liées à l'IA. Un réseau de compétences en intelligence artificielle (CNAI)[10] a été créé au niveau fédéral, mais loin d'être une administration avec des pouvoirs et compétences concrets, il vise à informer et éduquer sur ce thème.

Un cadre juridique contraignant pour l'utilisation de l'IA et des lois ciblant la discrimination algorithmique ne sont pas encore une réalité en Suisse. En matière d'IA, le droit suisse et les initiatives politiques visent principalement le secteur public, et moins le secteur privé. Or, la majorité des discriminations intersectionnelles ou basées sur le genre trouvent leurs origines dans des algorithmes produits et utilisés par des entreprises privées, qui ne sont donc pas soumises aux directives du secteur public. Afin de combler les lacunes du droit suisse, le Conseil fédéral élabore une proposition d'approche suisse pour fin 2024 et entend lancer des projets relatifs à la réglementation de l'IA d'ici 2025.[11] En conséquence, un appel a été lancé

par AlgorithmWatch le 27 juin 2024 qui appelle le Conseil fédéral à prendre des mesures de protection contre la discrimination par les algorithmes et l'Intelligence artificielle.[12]

Il faut aussi souligner qu'à l'heure actuelle, une protection contre divers types de discriminations (et non seulement celles liées à l'utilisation des algorithmes) par des acteurs privés n'est pas suffisamment assurée. Le droit européen comporte, quant à lui, une meilleure protection contre les discriminations en général.

Recommandations pour l'égalité entre femmes et hommes

Afin d'atteindre l'objectif d'égalité entre femmes et hommes inscrit dans la Constitution suisse, les mesures suivantes sont dès lors recommandées :

1 La Suisse devra ratifier et adopter sans délai la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'IA et inclure le secteur privé dans sa législation nationale.

2 Afin de combler les lacunes de la Convention-cadre sur l'IA, la Suisse devra adopter une loi spécifique d'applicabilité générale pour le secteur public et privé basée sur le modèle de la Loi sur l'IA de l'UE.

3 Les impacts de l'IA sur l'égalité de genre en Suisse devront être évalués en incluant une perspective intersectionnelle.

4 En l'absence de l'adoption d'un système visant à légiférer les algorithmes, il est recommandé de modifier et élargir le champ d'application de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes[13] aux discriminations causées par les algorithmes. De plus, les biens et services fournis par le secteur privé doivent être soumis à cette loi.

5 Afin de créer plus de diversité et d'égalité de genre dans les professions liées à la conception et au développent de l'IA, des incitations au niveau des études, de l'apprentissage, du financement, de l'encadrement et du coaching devraient être prises, si nécessaire par des mesures de discrimination positive afin d'attirer davantage de talent féminin. Dans ce cadre, l'utilisation de l'IA afin de détecter des discriminations ou promouvoir l'égalité entre femmes et hommes doit être envisagée.

Le développement de l'IA ne devrait pas se faire aux dépens des droits fondamentaux comme le droit à la non-discrimination ou l'égalité de genre. Il est donc nécessaire d'adapter le cadre réglementaire existant afin de permettre l'innovation tout en garantissant la protection contre la discrimination algorithmique. La régulation de l'IA doit également tenir compte du potentiel de l'IA comme outil permettant de lutter contre les discriminations.

Fabian Lütz, Ass. Iur. et Maître en droit, est chercheur et doctorant à l'Université de Lausanne (UNIL). Avant de rejoindre le monde académique, il était juriste à la Commission européenne, au sein de l'unité « Égalité de genre ». Il est l'auteur de nombreux articles traitant des aspects juridiques de l'IA, notamment en ce qui concerne les questions de genre et de discrimination (www.algorithmic-discrimination.com).

Notes

1 Conseil fédéral : « Intelligence artificielle » – lignes directrices pour la Confédération. Cadre d'orientation en matière d'IA dans l'administration fédérale, 25.11.2020. www.sbfi.admin.ch/dam/sbfi/fr/dokumente/2020/11/leitlinie_ki.pdf.download.pdf/Leitlinien%20K%C3%BCnstliche%20Intelligenz%20-%20FR.pdf (consulté le: 05.07.2024).

2 Voir par exemple : Po. Bendahan 21.4645 : « Für mehr Neutralität der Algorithmen sorgen », 17.12.2021. https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20214645. / Po. Bendahan 23.3860 : « Förderung erklärbarer und vertrauenswürdiger künstlicher Intelligenz in der Schweiz », 15.06.2024. www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20233860 / Po. Marti 23.4133 : « Algorithmische Diskriminierung. Ist der gesetzliche Diskriminierungsschutz ausreichend? », 28.09.2023. https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20234133. / Müller, Angela : Der Artificial Intelligence Act der EU : Ein risikobasierter Ansatz zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz – mit Auswirkungen auf die Schweiz. EuZ, 01.2022. https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2022/09/EuZ-Digital-2022-01-V1_03a-korr-20220121.pdf (consulté le : 05.07.2024).

3 Lütz, Fabian : The AI Act, gender equality and non-discrimination: what role for the AI office? In : ERA Forum, 12.06.2024. https://doi.org/10.1007/s12027-024-00785-w.

« La majorité des discriminations intersectionnelles ou basées sur le genre trouvent leurs origines dans des algorithmes produits et utilisés par des entreprises privées. »

«Le droit européen comporte une meilleure protection contre les discriminations en général.»

4 Conseil de l'Europe : Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit, 17.05.2024, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680afb120.

5 Conseil de l'Europe : Recommandation CM/Rec(2020)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme, 08.04.2024. https://search.coe.int/cm#{%22CoEIdentifier%22:[%2209000016809e1124%22],%22sort%22:[%22CoEValidationDate%20Descending%22]}.

6 Art. 10 (2) (f) AI Act.

7 Lütz, Fabian : La pollinisation croisée entre droit de la protection des données et droit de la non-discrimination : Le rôle des chercheurs pour garantir une intelligence artificielle non-discriminatoire. In : Métille, Sylvain (Éd) : Protection des données personnelles et recherche. Berne : Stämpfli (2024).

8 Commission européenne : European AI Office, 19.06.2024. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-office (consulté le : 05.07.2024).

9 Commission européenne : European Centre for Algorithmic Transparency. https://algorithmic-transparency.ec.europa.eu/index_en (consulté le : 05.07.2024).

10 https://cnai.swiss/fr

11 Confédération suisse : Cadre réglementaire des systèmes d'IA, approche suisse, 2024. https://digital.swiss/fr/strategie/themes-prioritaires.htmlcadre-reglementaire-des-systemes-d%E2%80%99ia,-approche-suisse (consulté le : 02.07.2024).

12 AlgorithmWatch CH : L'Intelligence artificielle peut discriminer : une large coalition demande au Conseil fédéral d'agir, 27 juin 2024. https://algorithmwatch.ch/fr/ia-appel-au-conseil-federal/ (consulté le : 02.07.2024).

13 RS 151.1, Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg) du 24 mars 1995.

Abstracts

Regulierung der Künstlichen Intelligenz in der Schweiz und Europa

Künstliche Intelligenz und Algorithmen sind eine grosse Herausforderung für die Geschlechtergleichstellung. In diesem Artikel gibt der Jurist **Fabian Lütz** konkrete Empfehlungen und erklärt, dass es politische Massnahmen braucht, um algorithmischer Diskriminierung vorzubeugen. Der gesetzliche Rahmen in der EU und im Europarat nimmt langsam Form an. Die Position der Schweiz kann in diesem Kontext als vorsichtig und abwartend bezeichnet werden.

Regolamentazione dell'IA in Svizzera e in Europa

L'intelligenza artificiale e gli algoritmi rappresentano una grande sfida per l'uguaglianza fra donne e uomini. In quest'articolo, il giurista **Fabian Lütz** propone misure concrete e spiega che sono necessarie misure politiche per prevenire la discriminazione algoritmica. Il quadro giuridico nell'UE e nel Consiglio d'Europa sta lentamente prendendo forma. In questo contesto, la posizione della Svizzera può essere descritta come cauta e attendista.