

ENJEUX JURIDIQUES DES ALGORITHMES PUBLICS EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

SABRINA HAMMOUDI

L'article scientifique «Algorithmes juridiques publics en droit administratif français» traite du contexte d'utilisation des technologies de l'information, notamment des problèmes d'atténuation des effets négatifs des algorithmes en droit administratif. L'article scientifique souligne que les algorithmes ont été utilisés volontairement ou non dans les interactions sociales, par conséquent, l'approche est clairement mise en avant, selon laquelle il n'est pas juste d'identifier complètement l'e-gouvernement aux algorithmes, car ces derniers sont plus complets dans leur contenu. L'article fait référence à des exemples qui démontrent la nécessité d'une réglementation juridique supplémentaire et, dans certains cas, la nécessité de réinterpréter les approches adoptées dans ce domaine. Dans le même temps, un certain nombre de conclusions sont tirées: considérant les algorithmes juridiques publics non seulement comme un outil de régulation de relations juridiques spécifiques, mais aussi comme un objet de régulation législative, les algorithmes ne peuvent être utilisés que dans le cadre de la prise de décisions simples qui ne nécessitent pas de solutions conceptuelles, etc.

Mots-clés: *algorithme, loi française, administration, intelligence artificielle, informatique, gouvernement électronique*

Il y a de cela quelques jours, une intelligence artificielle utilisée par l'administration française s'est retrouvée en tête d'affiche des actualités¹. En théorie, cet algorithme de la direction générale des finances publiques a été programmé pour identifier, grâce au traitement d'images GPS, les particuliers utilisant des piscines non déclarées sur leurs terrains. En pratique, plusieurs administrés se sont vus imposés pour des piscines repérées comme étant non déclarées mais qu'ils n'avaient pourtant pas construites. Et pour cause, l'algorithme identifiait également les bâches, piscines hors sols, et autres objets de couleur bleue comme étant des bassins non déclarés ... à tort. Cet exemple parmi d'autres illustre parfaitement les limites de l'outil algorithmique tel qu'utilisé par l'administration, limites qu'il est bon de garder à l'esprit afin de lire avec un regard critique l'ascension actuelle des algorithmes publics².

La mention de plus en plus courante d'algorithmes et d'intelligence artificielle en première page des revues de presse généraliste témoigne en effet de l'impact croissant de ces technologies. La loi elle-même n'y est pas étrangère et la littérature juridique s'enrichit progressivement d'articles, de rapports, de livres ou de revues sur le sujet. Face aux avancées technologiques et au

¹ Le Point (2022) *Google, Capgemini et le fisc : la difficile traque des piscines non déclarées*, Le Point, 04/04/2022.

² Ici, et dans le reste de l'article, nous avons choisi de parler «algorithme public» en référence aux algorithmes utilisés dans le secteur public, par l'Administration, pour mener à bien ses missions.

développement du Big Data³, réfléchir à la rencontre entre les algorithmes et droit, plus précisément le droit administratif, amène à s'interroger depuis deux angles différents ; L'algorithme peut en effet à la fois apparaître comme un objet du droit administratif, réglementé et contrôlé par lui, mais également comme un outil de droit administratif, utilisé par l'Administration dans le cadre de son processus décisionnel. En étudiant les algorithmes publics, nous nous intéressons ainsi à la fois à un outil d'action administrative désormais commun et à un objet d'ores et déjà encadré par un régime légal et réglementaire émergent. *La rencontre entre algorithmes publics et droit administratif soulève plusieurs questions qui doivent être abordées dans un avenir extrêmement proche, remettant en question les fondements pratiques et conceptuels de ce domaine juridique. Dans cet exposé, nous tenterons de mettre en évidence ces questions et de soumettre des propositions pour appréhender pleinement l'impact des algorithmes publics sur le droit administratif français. Le traitement du sujet nous permet de mettre en évidence un raisonnement en trois temps : en partant du constat de l'existence pratique des algorithmes publics en France (I), il convient d'analyser le régime juridique embryonnaire les encadrant (II) avant de prendre un peu de recul sur la matière et d'envisager le paradoxe théorique que leur utilisation engendre s'agissant de la nature même du droit administratif (III).*

I. Le constat sans appel de l'existence pratique des algorithmes publics en France

Reconnaître que les systèmes de décision algorithmique sont déjà utilisés par de nombreuses administrations est la première étape vers une meilleure compréhension des problèmes potentiels qu'ils soulèvent. Qu'est-ce qu'un algorithme et comment l'administration les utilise-t-elle?

A. L'algorithme, une définition dépassant le simple cadre informatique

Si définir ce qu'est un algorithme semble être une tâche difficile pour le juriste, cela apparaît néanmoins essentiel pour saisir les enjeux de leur apparition dans le domaine du droit administratif. Nous utilisons des algorithmes tous les jours, constamment, et ce depuis les premières heures de la civilisation humaine. L'algorithme n'est rien de plus que la méthode pour atteindre un résultat, à partir d'une «entrée» et en suivant toujours les mêmes étapes de résolution. La CNIL le définit comme «*la description d'une suite finie et non ambiguë d'étapes (ou d'instructions) pour obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée*»⁴.

Les algorithmes sont particulièrement présents en mathématique, et celui d'Euclide en est l'exemple le plus étudié dans les filières communes⁵. Au-delà

³ Le Big Data est utilisé pour désigner la génération et la collecte de données volumineuses.

⁴ Commission Nationale Informatique et Liberté (2017), *Comment permettre à l'Homme de garder la main ?* Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, Résumé du débat public de la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique de la CNIL sur la loi pour une République Numérique, décembre 2017, p. 5.

⁵ Cet algorithme permet de déterminer, en respectant une suite prédéfinie d'étape de calcul,

de l'univers mathématique, nous utilisons quotidiennement des algorithmes. Les recettes de cuisine en sont l'illustration la plus couramment utilisée dans la littérature «vulgarisatrice»⁶. Afin de cuisiner des crêpes, il convient de suivre toujours les mêmes étapes, en utilisant les mêmes ingrédients, et cela aboutira toujours au même résultat tant que ces éléments sont parfaitement respectés.

Cependant, de nos jours, Terminator et Minority Report viennent beaucoup plus facilement à l'esprit que les recettes de cuisine et Euclide lorsque l'on mentionne des algorithmes. Le terme algorithme tel qu'apparu dans l'actualité ces dernières années se réfère, en fait, à ce que nous appellerons «algorithme informatique» qui pourrait être défini, simplement, comme une série d'étapes effectuées par un ordinateur, à partir d'une entrée donnée, et aboutissant à une sortie. L'entrée pourrait ainsi être constituée des données fiscales d'un ménage, et l'algorithme, basé sur ces données, devra suivre plusieurs étapes (calculer le nombre d'actions en fonction de la situation familiale, vérifier les exonérations possibles, vérifier les seuils d'imposition...). La sortie serait le montant de l'impôt dû par ce ménage. Pour être implémenté par un ordinateur, l'algorithme doit être transcrit dans un langage qui sera compris par la machine : le code source. Il est ainsi possible de confier à une machine un ensemble de tâches qu'elle effectuera, dans un certain ordre, avant d'arriver à un résultat, mais à une vitesse beaucoup plus élevée que celle du raisonnement humain et avec un risque d'erreur proche de zéro. Ces dernières années, les capacités de calcul informatique ont considérablement augmenté. Nous sommes capables, aujourd'hui, et avec l'aide de l'ordinateur, d'utiliser des algorithmes à des vitesses extrêmement élevées, résolvant ainsi de nombreux problèmes en un temps réduit. Dans le même temps, la quantité de données disponibles dans une grande variété de domaines évolue de manière exponentielle et, associée aux progrès de l'informatique, nous pouvons créer des algorithmes de haute performance avec des objectifs divers.

Les algorithmes peuvent alors être **liés à la notion d'autonomie** (les étapes se suffisent à elles-mêmes) qui, lorsque l'algorithme est exécuté par un ordinateur, devient celle d'automatisme (les étapes se suffisent à elles-mêmes et sont entièrement effectuées par une machine). Ces deux idées sont elles mêmes liées à celles de **vitesse** et **d'efficacité**. C'est précisément en raison de cette autonomie et de cette efficacité que les algorithmes prennent de plus en plus d'importance dans la prise de décision administrative.

B. L'algorithme public, outil privilégié de l'administration française

Pour bien comprendre l'importance de l'utilisation d'algorithmes dans le processus de prise de décision administrative, trois idées doivent être formulées.

Tout d'abord, les algorithmes sont utilisés dans de nombreux domaines et, bien que la mission gouvernementale Etalab⁷ propose une liste d'algorithmes

le plus grand dénominateur commun existant pour deux nombres.

⁶ Pour une définition pédagogique utilisant cette métaphore, voir Abiteboul S., Dowek G. (2017), *Le temps des algorithmes*, Editions Le Pommier.

⁷ La mission Etalab fait partie de la Direction Interministérielle du Numérique (DINUM) de l'Etat français. Ses missions et son organisation sont fixées par le décret du 30 octobre 2019. Elle

publiés sur son site, il semble néanmoins difficile d'en établir un inventaire complet. Si certains usages apparaissent évidents (quoi de plus naturel qu'un logiciel de calcul déterminant la somme d'un impôt à payer par un ménage fiscal donné ?), d'autres usages semblent plus nébuleux.

D'autre part, alors que certains algorithmes sont largement mentionnés par les médias et la doctrine (Parcoursup, anciennement AdmissionPostBac, en est l'exemple le plus évident), d'autres ne suscitent qu'un intérêt limité même s'ils font l'objet d'une utilisation régulière (comme les algorithmes utilisés dans la gestion des ressources humaines dans la fonction publique)⁸.

Enfin, tous les algorithmes publics n'en sont pas au même stade de développement. Alors que certains sont couramment utilisés (notamment dans l'attribution des droits sociaux...⁹), d'autres sont en cours de développement (on peut penser ici aux différentes expériences menées dans la police¹⁰ ou la justice prédictive¹¹). Il nous est également possible d'identifier des algorithmes non encore utilisés mais qui devraient très certainement l'être prochainement (nous pensons notamment aux véhicules autonomes¹² et à l'utilisation de la blockchain¹³). Le concept de ville intelligente apparaît également comme un champ privilégié d'expérimentation et de développement pour l'utilisation de toutes sortes d'algorithmes concernant les transports, l'énergie ou la culture¹⁴.

Par ailleurs, pour comprendre le paysage algorithmique administratif français, il est crucial de noter que tous les algorithmes n'ont pas les mêmes fonctions. Surtout, nous pouvons distinguer les algorithmes dits «classiques» de ceux dits de «machine learning» ou de «deep learning». Les premiers visent à accomplir une tâche qui leur est confiée à l'avance par un humain, tandis que les seconds sont capables de déterminer par eux-mêmes les étapes à suivre pour obtenir un résultat, sans pouvoir, dans l'état actuel de la science, expliquer ces différentes étapes de raisonnement¹⁵.

«coordonne la conception et la mise en œuvre de la stratégie de données de l'État» et permet, entre autres, une publication des algorithmes utilisés par les administrations sur leur site internet.

⁸ S'agissant par exemple de l'algorithme d'affectation des enseignants du secondaire aux académies et établissements scolaires, lire le rapport du think tank Terra Nova «Faut-il sauver les algorithmes d'affectation ? Affelnet, mouvement des enseignants et Parcoursup», 6 juin 2018.

⁹ Inscriptions et calculs des allocations familiales, des droits au chômage, des allocations de retour à l'emploi, de l'allocation de logement social...

¹⁰ Voir notamment le rapport de l'Agence de l'aménagement du territoire et de l'environnement d'Ile-de-France, bilan de l'expérience menée par la gendarmerie nationale depuis 2017, *Police prédictive, enjeux soulevés par l'utilisation d'algorithmes prédictifs en sécurité publique*, avril 2019.

¹¹ Les expérimentations sont, désormais, principalement présentes dans les tribunaux, notamment celle lancée au printemps 2017 en partenariat avec le ministère de la Justice par les cours d'appel de Rennes et de Douai.

¹² Bouniol G.(2019), *Voitures autonomes. Rennes, Nantes, Montpellier... Le détail des projets soutenus par le gouvernement*, Ouest France, online 24/04/2019.

¹³ Fabrizi-Racine N (2017), "La blockchain : (R)évolution d'Etat ?» JCPA No.49,11 décembre 2017, p. 2306.

¹⁴ Auby J.B (2018), «Algorithmes et Smart Cities : Données Juridiques» Contribution au symposium «Algorithmes publics» les 12 et 13 avril 2018 à l'Université de Lorraine (Metz): Revue Générale du Droit, 2018, numéro 29878 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29878).

¹⁵ L'exemple de l'identification des chiens et des chats est le plus utilisé pour expliquer ce qu'est un algorithme d'auto-apprentissage : il s'agit de créer un algorithme censé reconnaître ces deux animaux, sauf que, au lieu de le dire, comme un algorithme classique : «Ceci est une photo (Entrée) : étape 1, regardez les oreilles... s'ils sont pointus et petits, l'étape 2 regarde le museau, si c'est une telle forme, l'étape 3 regarde les griffes... Etc... Si... Si... alors c'est un chat (Résultat)»,

Jean Baptiste Duclercq établit une typologie des algorithmes publics et les classe en trois grands groupes. Pour l'auteur, il est crucial de déterminer «*le degré – total, partiel ou résiduel – d'implication de l'algorithme dans le processus décisionnel jusqu'alors monopolisé par la volonté humaine. Pour en rendre compte, une distinction schématique [...] peut être faite entre le droit public algorithmique automatisé, le droit public algorithmique semi-automatisé et le droit public algorithmique non automatisé*»¹⁶. Pour tenir compte de cela, une distinction schématique peut être faite entre «le droit public algorithmique automatisé», «le droit public algorithmique semi-automatisé» et «le droit public algorithmique non automatisé»¹⁷. La présence de la volonté humaine et sa place dans le processus décisionnel apparaît alors comme le critère discriminant entre les différents algorithmes utilisés en droit administratif : «*«Le droit public algorithmique automatisé renvoie à l'ensemble des règles de droit public produites par un canal décisionnel algorithmique sans validation humaine. Le droit public algorithmique semi automatisé renvoie à l'ensemble des règles de droit public produites par un canal décisionnel algorithmique avec validation humaine au terme d'un choix binaire (validation ou invalidation du résultat de l'algorithme). Le droit public algorithmique non automatisé renvoie à l'ensemble des règles de droit public produites par un canal décisionnel humain au terme d'un choix dont l'algorithme a constitué une simple aide – il ne s'agit que de «tenir compte» - à la décision.»*¹⁸.

Ces différentes utilisations d'algorithmes ne répondent pas aux mêmes finalités, ne fonctionnent pas dans les mêmes conditions, et ne soulèvent donc pas les mêmes questions juridiques. Pourtant, l'étude du droit administratif fait apparaître que ces derniers sont compris comme un objet global, unique, et cela retient *de facto* l'impact du régime juridique censé les réguler

II. Les contours mouvant du régime juridique applicable aux algorithmes publics

Il est actuellement difficile de comprendre clairement quelles obligations doivent être respectées par l'administration Française en ce qui concerne son utilisation d'algorithmes publics. Cependant, nous pouvons identifier un embryon de régime juridique général¹⁹ pour les algorithmes publics, disséminé

on lui donne un très grand nombre de photos de chats et de chiens à analyser, lui demandant de nous dire lequel de ces animaux est montré sur la photo. Si l'algorithme obtient un bon résultat, il aura une récompense (la récompense, déterminée à l'avance, est mathématique et reviendrait à forcer l'algorithme à ajouter un point à son taux de réussite si l'humain lui dit qu'il avait tort. L'algorithme fera alors tout pour augmenter son taux de réussite puisque c'est ce que vise la fonction). Il n'est pas nécessaire de dire à l'algorithme ce qu'il a tort, mais simplement de lui dire que c'est faux. Après de nombreux tests, ce dernier sera capable de reconnaître les chiens et les chats par eux-mêmes avec 99,9% de succès mais ne saura pas pourquoi l'image A est un chien et l'image B est un chat. Par exemple, lorsqu'un site Web vous demande de prouver que vous «n'êtes pas un robot» en cliquant sur «tous les feux de circulation parmi ces différentes images», vous entraînez très probablement les algorithmes d'auto-apprentissage de Google à reconnaître les feux de circulation pour les voitures autonomes.

¹⁶ Duclercq J-B. (2017), *Le droit public à l'ère des algorithmes*, RDP 2017, No.5, p. 1401.

¹⁷ Ibidem p. 1413.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ La notion de «régime général» doit ici être comprise par opposition aux régimes spéciaux prévus pour les algorithmes dans les domaines du trading à haute fréquence et de la lutte contre le terrorisme.

entre différents textes et ayant été construit étape par étape depuis 1978, régime présentant certaines lacunes devant être néanmoins soulevées.

A. La construction progressive d'un régime applicable aux algorithmes publics

Quatre grandes étapes peuvent être identifiées pour faire état du régime juridique applicable aux algorithmes publics.

1. Première étape : La loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et libertés²⁰

L'article 2 de la loi dite «informatique et libertés» (LiL) prévoyait dans sa version de 1978, qu'«*aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé.*». Le terme d'algorithme n'est pas encore utilisé et lui ai préféré celui de «*traitement automatisé*», pareillement, le terme de «*données nominatives*» correspond à ce que nous appelons aujourd'hui et depuis 2004²¹ «données personnelles». Il est intéressant de remarquer que cet article est bien plus axé sur la protection des données personnelles et sur les enjeux éthiques y afférent que sur les dangers du traitement algorithmique en lui-même. Comme le remarque en effet Jean Baptiste Duclercq, «*le législateur n'a songé qu'à prévenir les menaces – qu'elles soient d'origine algorithmique ou non – pesant sur les «données nominatives» sans chercher à les qualifier*»²². Ce n'est qu'ensuite que «*le droit à la protection des données personnelles a progressivement muté dans sa philosophie profonde pour tenir compte des forces déstabilisantes des algorithmes dont la puissance s'est nourrie d'une évolution de leur intelligence informatique doublée d'une multiplication des objets connectés consommés par le grand public*».²³

2. Deuxième étape : La loi de 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁴

Une loi de 2004 est venue préciser cette interdiction générale : l'article 10 de la LiL énonce désormais qu'«*aucune décision de justice ne peut être prise sur le fondement d'un algorithme (il y a là une restriction, nous ne sommes plus dans le cas d'une décision exclusivement fondée sur un algorithme, mais simplement fondée sur un algorithme), tandis qu'«aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité*». Cet article pose

²⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²¹ Loi n° 2004-801 du 6 aout 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²² Duclercq Op. cit. p. 1406.

²³ Ibidem.

²⁴ Loi n° 2004-801 du 6 aout 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

néanmoins certaines exceptions : *«Ne sont pas regardées comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations, ni celles satisfaisant les demandes de la personne concernée.»*. Cette décision peut être qualifiée comme étant un *«premier tournant»*²⁵ dans la mise en place du régime applicable au algorithmes publics. L'article 10 ne vise en effet plus simplement les décisions administratives, mais bien les décisions *«produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne»*. La volonté n'est alors plus axée sur la simple protection des données personnelles, mais sur les conséquences juridiques potentiellement néfastes d'un traitement algorithmique. Pour autant, le terme d'algorithme n'est toujours pas utilisé et les traitements automatisés concernés sont uniquement ceux *«destiné à définir le profil de l'Administration ou à évaluer certains aspects de sa personnalité»*.

3. Troisième étape : La loi de 2016 pour une République numérique²⁶ et le code des relations entre le public et l'administration (CRPA)

Troisième étape de construction du régime générale applicable aux algorithmes publics, et après les précisions apportées au régime des algorithmes de trading à haute fréquence²⁷ et à ceux de la lutte contre le terrorisme²⁸, la loi pour une République numérique, aussi appelée loi Lemaire, est promulguée le 7 octobre 2016. Comme précisé dans son étude d'impact, cette loi a notamment pour objectif de *«renforcer la transparence de l'action publique, en ajoutant une possibilité nouvelle pour les citoyens et les personnes morales de comprendre les fondements algorithmiques de décisions qui les concernent.»*²⁹. C'est ainsi par le biais de cette loi et grâce aux décrets d'application la précisant que sont créés les dispositions de Code des relations entre le public et l'Administration (CRPA) concernant les traitements algorithmiques publics. L'article L 311-3-1 de ce code dispose ainsi que, sous réserve des données couvertes par le secret (article L 311-5 du CRPA) *«une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé»*. Cette mention doit notamment indiquer *«la finalité poursuivie par le traitement algorithmique»*³⁰. Par ailleurs les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre doivent être communiquées par l'Administration à l'intéressé s'il en fait la demande. Les informations communicables concernent : *«le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision ; les données traitées et leurs sources ; les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ; les opérations effectuées par le traite-*

²⁵ Duclercq op. cit.

²⁶ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

²⁷ Chapitre 3 de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 sur la séparation et la régulation des activités bancaires.

²⁸ Article L. 851-3 du code de la sécurité intérieure issu de l'article 5 de la loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

²⁹ Etude d'impact du projet de loi pour une République numérique p. 11.

³⁰ Article R311-3-1-1 du CRPA.

ment»³¹. Si une administration utilise, exclusivement ou non, un algorithme pour prendre une décision individuelle, la décision résultante doit donc mentionner explicitement qu'elle a été l'objet d'un traitement algorithmique, la finalité poursuivie par ce dit traitement, et mentionner le droit de l'administré à la communication des règles et principales caractéristiques de l'algorithme. Elle doit enfin expliquer à l'administré comment obtenir cette communication auprès de la Commission d'accès aux documents administratifs.

4. Quatrième étape : la loi de 2018 relative à la protection des données personnelles³²

Dernière grande étape dans la construction d'un droit des algorithmes publics, la loi de 2018 sur la protection des données personnelles transposant l'article 22 du règlement général sur la protection des données³³ modifie à nouveau l'article 10 de la loi informatique et liberté, qui devient son article 47. L'interdiction de fonder une décision de justice sur un traitement automatisé de données à caractère personnel demeure identique à ce qu'elle était en 2004, mais les exceptions en matière de «*décisions produisant des effets juridiques*» sont précisées.

Par principe, une telle décision ne peut être prise sur *le seul* fondement d'un algorithme (il apparaît donc possible de recourir aux algorithmes de simple aide à la décision):

- sauf si elle est «*nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement*», ou si l'administré a explicitement consenti à son utilisation. Dans ces deux cas et en accord avec le RGPD, le responsable du traitement veille néanmoins à «*mettre en œuvre des mesures appropriées pour la sauvegarde et droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée*», c'est-à-dire «*au moins*» de son droit «*d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable de traitement*», ainsi que «*d'exprimer son point de vue*» et de «*contester la décision*»³⁴.

- sauf si c'est une décision administrative individuelle respectant les conditions de l'article L. 311-3-1 du CRPA à condition que cette décision ne porte pas sur des données protégées par le secret³⁵, qu'elle comporte, à peine de nullité, la mention explicite imposée par le CRPA, et qu'elle ne soit pas prise dans le cadre d'un recours administratif.

Cette loi est à lire à la lumière de la décision du Conseil Constitutionnel du 12 juin 2018³⁶ qui reprend le régime de manière très pédagogique et dans laquelle les juges estiment que les garanties définies par le législateur sont «*appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés [...]*». Deux idées sont cependant présentes dans la décision du conseil bien qu'absentes de la loi : le

³¹ Article R 311-3-1-2 du CRPA.

³² Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

³³ 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).

³⁴ Article 21 du RGPD.

³⁵ Tel que prévu à l'article L 311-5 du CRPA.

³⁶ Cons. Const., décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, Loi relative à la protection des données personnelles.

Conseil précise que «ne peuvent être utilisés comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable de traitement». Il met en réalité ici en garde l'Administration face à l'utilisation des algorithmes auto-apprenants, précision jusque-là totalement absente du régime posé la LiL et le CRPA. Le Conseil estime par ailleurs, à l'inverse du nouvel article 47 de la LiL, que lorsque les principes de fonctionnement d'un algorithme ne peuvent être communiqués car les données les concernant sont couvertes par le secret, alors «aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif de cette algorithme».

On le voit, il existe donc un régime général applicable aux algorithmes publics, composé de différents textes, et précisé par différentes réformes successives. Bien qu'ayant le mérite d'exister et de donner à l'Administration des pistes dans son utilisation des algorithmes publics, ce régime n'est pourtant pas suffisant, il comporte des lacunes importantes et ne couvre qu'une mineure partie des problématiques juridiques engendrées par l'utilisation des algorithmes publics.

B. Les nombreuses lacunes d'un régime toujours en construction

Le principal défaut du régime est évident : il manque de clarté, notamment à cause de l'enchevêtrement des textes et des réformes successives qui les modifient. La CNIL elle-même note que «le champ d'application de l'article L. 311-3-1 de la CRPA et l'articulation entre le droit de la communication et le droit d'accès prévus par l'acte modifié du 6 janvier 1978 ne sont pas suffisamment clairs.»³⁷. Elle considère ainsi que «toute mesure doit être prise, au niveau réglementaire, pour assurer l'effectivité de ces droits accordés aux citoyens»³⁸.

L'articulation entre la LiL et le CRPA apporte un certain flou au régime juridique applicable aux algorithmes publics. Ainsi qu'il a été noté, l'article 47 de la LiL renvoie à l'article L 311-3-1 de la CRPA, mais précise ensuite qu'une décision administrative fondée sur un algorithme public doit contenir une référence explicite, alors même que cette précision est déjà prévue par le CRPA. Ainsi, si le contenu de la «mention explicite» est fixé par la partie réglementaire du Code, c'est de la LiL que l'on apprend que l'absence d'une telle mention entraîne la nullité de l'acte. En outre, l'article 47 de la LiL précise qu'aucune décision ayant des effets juridiques ne peut être prise **uniquement sur la base** d'un *traitement automatisé de données à caractère personnel* (principe) sauf (exception), entre autres, les décisions administratives couvertes par l'article L. 311-3-1 de la CRPA. Le CRPA, lui, vise à «prendre des décisions individuelles **sur la base** d'un *traitement algorithmique*». Le concept de décision algorithmique tel qu'entendu dans la LiL semble beaucoup plus restrictif que celui utilisé par le CRPA, il est donc surprenant que le LiL fasse de sa vision restrictive le principe, et de la vision large du CRPA l'exception.

Le régime actuellement applicable aux algorithmes publics présente un autre défaut, qui contribue aussi grandement à son manque de clarté : les lois et

³⁷ CNIL, délibération n° 2017-023 du 16 février 2017 concernant un avis sur un projet de décret relatif aux modalités de communication des règles et caractéristiques des traitements algorithmiques.

³⁸ Ibidem p. 3.

règlements applicables ne tiennent pas compte de la diversité des algorithmes publics. Comme nous l'avons vu, ils couvrent une variété d'objectifs, dans une grande variété de domaines, et, surtout, ne laissent pas la même part à la volonté humaine. Le législateur ne rend compte de cette diversité que de manière très schématique et maladroite en distinguant les décisions prises «sur la seule base» ou «sur la base exclusive» d'un algorithme public de celles simplement «prises sur sa base». Ce raisonnement binaire suggère que la volonté humaine peut être, au choix, présente ou absente du processus de prise de décision. La réalité est beaucoup plus complexe et une décision prise sur la base exclusive d'un algorithme peut donner plus de place à la volonté humaine (si la manière dont l'algorithme «raisonne» est clairement posée, a priori, par un humain : c'est le cas des algorithmes de calcul fiscal qui, seuls, sont capables de prendre la décision de retenir une certaine somme d'argent, mais sont précisément programmés en amont) qu'une décision en partie basée sur un algorithme, dans un domaine très technique, superficiellement compris par l'Administration, dont la décision serait alors basée sur l'efficacité et l'objectivité de l'algorithme (on peut par exemple imaginer, dans un avenir proche, la décision de recourir à une fouille complète des vêtements d'un détenu basée sur un algorithme qui a appris à détecter les comportements suspects au sein d'un centre de détention).

Enfin - et malgré l'évolution significative d'un régime initialement consacré à la protection des données personnelles et de plus en plus intéressé par les effets juridiques des algorithmes eux-mêmes - on sait peu de choses sur les algorithmes traitant des données non personnelles. Il convient de noter que la LiL n'utilise toujours pas le terme algorithme mais uniquement «*traitement automatisé de données personnelles pour évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne*». L'accent est donc toujours mis sur les données personnelles et il est facile de conclure qu'un algorithme basé sur d'autres types de données n'a pas à obéir à ce régime. Le CRPA, tout en utilisant le terme algorithme et en ne se référant pas aux données personnelles, ne fait que réglementer la production algorithmique de *décisions individuelles*. Les progrès réalisés dans les villes intelligentes peuvent suggérer la production d'actes administratifs réglementaires basés sur des données non personnelles. Prenons pour exemple un cas fictionnel mais techniquement réalisable : dans une ville intelligente, un algorithme entraîné à détecter les crues prévient l'autorité publique en cas d'inondations imminentes. L'algorithme de détection des dangers pourrait ainsi très bien influencer la décision d'un maire de fermer une rue. Techniquement, cet algorithme pourrait tout à fait édicter cet ordre lui-même. Il en va de même pour les réseaux de transport. Un algorithme pourrait analyser, sans aucun recours aux données personnelles, les allées et venues des citoyens dans une administration spécifique et, par conséquent, influencer la décision d'ouvrir ce service à certains moments. De même, et cette fois dans une hypothèse totalement étrangère à la collecte de données humaines, un algorithme pourrait prédire l'évolution d'un virus dans des groupes aviaires et influencer une décision d'abattage préventif pour l'ensemble de la région concernée.

Le régime juridique actuellement applicable aux algorithmes publics présente donc plusieurs lacunes et devrait être considéré comme un premier pas vers un cadre satisfaisant pour ces «nouveaux» outils. Au-delà de ces

considérations positivistes, il est intéressant de prendre du recul et de mettre en évidence le paradoxe théorique que fait apparaître l'utilisation des algorithmes par l'administration.

III. La mise en évidence d'un paradoxe théorique au cœur du droit administratif

L'objectivité, l'égalité et la neutralité sont les fondements autoproclamés d'un droit administratif français se réclamant de tous les citoyens. Le droit administratif est fondé sur des éléments tels que l'intérêt public, la fonction publique ou l'ordre public. Sans entrer dans les détails de ces notions, il est facile de comprendre que l'idée d'objectivité est omniprésente. On peut ainsi penser au principe d'égalité des services publics, dont découle le principe de neutralité... on peut aussi considérer, dans le même ordre d'idées, l'interdiction de la discrimination à l'entrée dans la fonction publique. Le juge, qu'il soit administratif ou non, doit être un juge impartial, n'ayant pas à juger en toute équité, «la bouche de la Loi»³⁹... L'objectivité et la neutralité sont les principales caractéristiques du droit administratif, mais la réalité humaine est aussi ses excès, ses abus, sa faiblesse, sa passion, ses erreurs, sa subjectivité et sa lenteur. C'est précisément avec ces termes que nous différencions, dans la responsabilité administrative, la faute de service et la faute personnelle. La faute personnelle révèle «l'homme avec ses faiblesses, ses passions, son insouciance»⁴⁰.

Les algorithmes ne peuvent-ils pas être le remède aux échecs du jugement humain, trop humains ? En faveur d'une loi neutre et objective ?

Ce besoin de rationalité, de déshumanisation du juriste, apparaît dans la transparence derrière l'une des méthodes argumentatives à la base même du droit : ne peut-on pas en effet lire l'algorithme comme l'héritier, ô combien plus rapide et plus efficace, du syllogisme juridique ? L'adage ne signifie-t-il pas que la justice est aveugle ? Incorruptible ? Si les juges ne peuvent pas être transformés en algorithmes, les algorithmes seront transformés en juges. De nombreux domaines du droit administratif en bénéficieront ; Qui ne s'est jamais plaint de la lenteur et de la complexité de l'administration Française, au point que certains souffriraient même de phobie administrative ?³⁴ Imaginez donc une décision administrative prise en temps réel, un jugement rendu automatiquement. Le tout avec la certitude que la décision ou le jugement en question est fondé sur un droit neutre, sans aucune erreur humaine... N'est-ce pas là le point culminant du principe de bonne administration et de bonne administration de la justice ?

Et pourtant, la simple mention de l'intrusion d'algorithmes dans l'aw administratif conduit à des réactions exagérées, tant de la part de l'avocat que du non-avocat. En réalité, les réponses se font sous deux angles : soit minimiser l'impact des algorithmes, soit les dramatiser et leur importance⁴¹. Pourquoi les

³⁹ Montesquieu (1955), Œuvres complètes, De l'esprit des lois, L. XI, chap. VI, Paris, Les Belles Lettres, 1955, t. II, p. 72.

⁴⁰ Concl. Laferrière sous T.C. 5 mai 1877, Laumonier Carriol, Rec. 95 p. 437.

⁴¹ La «fin des avocats» et leur remplacement par des robots ont été annoncés à de

algorithmes suscitent-ils autant de méfiance ? Pourquoi sont-ils perçus comme une menace pour un système qui favorise l'impartialité et l'objectivité ?

Peut-être parce que l'algorithme remet en question deux piliers fondamentaux du droit administratif : la volonté et l'interprétation. L'algorithme «calcule», il ne «veut» pas. L'algorithme «raisonne» mais n'«interprète» pas. C'est en niant la volonté et l'interprétation que l'algorithme les révèle le plus efficacement.

Le paradoxe est là : l'administrateur ou le juge parfait, incarné par l'algorithme, apparaît aussi comme un juriste affaibli, amputé, incapable de vouloir ou d'interpréter. Le processus informatique vise à éviter l'erreur humaine ou la lenteur, mais toute erreur, tout «bug» informatique doit être évité par le raisonnement humain.

Si l'on refuse de considérer le juge comme un simple automate «caissier», c'est parce qu'il est reconnu pour sa capacité d'interprétation, d'autant plus qu'il est considéré comme indispensable. Si nous refusons de fonder tout acte administratif unilatéral sur un traitement algorithmique, c'est parce que nous reconnaissons que certains d'entre eux sont le résultat de la volonté de l'administration. S'interroger sur l'impact des algorithmes sur le droit administratif conduit donc à une réévaluation des théories de l'interprétation et de la volonté et à réaffirmer la place cruciale qu'elles ont en matière juridique et, surtout, à remettre en question leurs limites.

ՍԱԲՐԻՆԱ ՀԱՍՈՒԴԻ – Հանրային իրավաբանական ալգորիթմները Ֆրանսիայի վարչական իրավունքում – Հոդվածը վերաբերում է ֆրանսիական վարչական իրավունքում տեղեկատվական տեխնոլոգիաների ալգորիթմների ազդեցության բացասական հետևանքները հնարավորինս մեղմելու խնդիրներին: Ընդգծվում է, որ ալգորիթմները կամա թե ակամա կիրառվել են սոցիալական փոխհարաբերություններում, ուստի հեղինակը կարծում է, որ ճիշտ չէ էլեկտրոնային կառավարումը ամբողջովին նույնացնել ալգորիթմների հետ, քանզի վերջիններս իրենց բովանդակությամբ ավելի ընդգրկուն են:

Հեղինակը բնորոշ օրինակների հիման վրա եզրակացնում է, որ անհրաժեշտ են իրավական լրացուցիչ կարգավորումներ, իսկ որոշ դեպքերում այդ ոլորտում ձևավորված մոտեցումների վերաիմաստավորման կարիք է զգացվում:

Միաժամանակ նշվում է, որ հանրային իրավաբանական ալգորիթմները պետք է հիշատակել ոչ միայն որպես որոշակի իրավական հարաբերությունների կարգավորման գործիք, այլև օրենսդրական կարգավորման առարկա, այսինքն՝ ալգորիթմները կարող են կիրառվել միայն պարզ, հայեցակարգային լուծումներ չպահանջող որոշումներ կայացնելիս:

Բանալի բառեր - ալգորիթմ, ֆրանսիական իրավունք, վարչարարություն, արհեստական բանականություն, տեղեկատվական տեխնոլոգիա, էլեկտրոնային կառավարում

nombreuses reprises ces dernières années, en France mais aussi à l'étranger (voir par exemple Susskind (2016), «Technology Will replaces Many doctors Lawyers, and other professionals», Harvard Business Review, 11 octobre 2016).

САБРИНА ХАМУДИ – Публично-правовые алгоритмы во французском административном праве. – В научной статье рассматривается контекст использования информационных технологий, в частности проблемы смягчения негативных последствий применения алгоритмов в административном праве. В научной статье подчеркивается, что алгоритмы волей-неволей использовались в социальных взаимодействиях, тем самым явно предлагая подход, в рамках которого неправомерно полностью отождествлять электронное правительство с алгоритмами, так как последние являются более всеобъемлющими по своему содержанию.

В статье приводятся примеры, демонстрирующие необходимость дополнительного правового регулирования, а в ряде случаев и необходимость переосмысления подходов, принятых в данной сфере.

При этом делается ряд выводов: рассматривая публично-правовые алгоритмы не только как инструмент регулирования конкретных правоотношений, но и как предмет законодательного регулирования, алгоритмы могут быть использованы только в контексте принятия простых решений, не требуют концептуальных решений и т.д.

Ключевые слова: алгоритм, французское право, администрация, искусственный интеллект, информационные технологии, электронное правительство