



- DOCUMENT PRÉPARATOIRE À DESTINATION DU PUBLIC DE TOUS HORIZONS -

L. CLUZEL, E. DEGRAVE et F. JACQUES

En vue du cours-conférence du 10 mars 2023, plusieurs sources et pistes de réflexion en lien avec l'utilisation d'algorithmes par les pouvoirs publics vous sont proposées pour vous familiariser avec les enjeux dont nous discuterons avec la professeure Lucie Cluzel dans le cadre de la Chaire Francqui 2022-2023.

Rappel des informations pratiques avant le jour J :

Rendez-vous le vendredi 10 mars à 08h45 au premier étage de la Faculté de Sciences économiques, sociales et de gestion pour partager le petit déjeuner avec nous.

A 09h30, début du cours-conférence interactif dans le local E14, avec le public et les étudiantes et étudiants du cours de Gouvernance d'Internet et e-gouvernement (Master Droit des technologies de l'information et de la communication - Prof. : E. Degrave).

Inscription gratuite ici : <https://www.unamur.be/droit/francqui>

I. LES ALGORITHMES – DE QUOI PARLE-T-ON ?

1. Une brève définition technique de la notion d'algorithme : CNIL, « Algorithme », *s.d.*

<https://www.cnil.fr/fr/definition/algorithme>

2. Les algorithmes : de la théorie à la pratique. Comment les algorithmes vous jugent-ils ?

- Rendez-vous à l'adresse suivante : <https://www.hownormalami.eu/>
- Activez votre caméra et soumettez-vous au jugement de plusieurs algorithmes. En participant à cette expérience, vous apprendrez notamment comment des algorithmes calculent votre « indice de beauté », votre âge ou encore votre espérance de vie sur la base d'images.

ATTENTION : il faut prendre cet exercice avec beaucoup de distance et d'autodérision. Pour info : au niveau de l'indice de beauté, la plus haute note est 7.5/10. Pour information, Ryan Gosling a obtenu 4/10.

3. L'utilisation d'algorithmes par les pouvoirs publics – illustration(s)

Vidéo : <https://www.youtube.com/watch?v=y6FDBDGNyFc> (Durée : 15 minutes. Cette vidéo peut être sous-titrée notamment en français et en anglais).

- *Après avoir pris connaissance de cette vidéo, quels sont les services publics dans lesquels il est théoriquement possible de recourir à l'utilisation d'algorithmes ?*

II. L'UTILISATION D'ALGORITHMES - COUP DE PROJECTEUR SUR QUELQUES EXPERIENCES A L'ETRANGER

1. En France. L'administration fiscale française s'est dotée d'outils automatisés afin d'identifier les contribuables qui tentent de se soustraire au paiement de l'impôt. En pratiques, ces outils reposent sur l'utilisation d'algorithmes capables de traiter de nombreuses données numériques telles que les informations présentes dans une déclaration fiscale mais aussi celles présentes sur les réseaux sociaux. Selon l'administration fiscale française, 45% des contrôles réalisés en 2021 résultent de l'utilisation de ces outils.

A ce sujet, voyez notamment l'article suivant : **O.PUREN, « Impôts : les outils du fisc pour débusquer les fraudeurs », disponible sur <https://www.lerevenu.com/impots-et-droits/impot-sur-le-revenu/impots-les-outils-du-fisc-pour-debusquer-les-fraudeurs>, 28 juin 2021.**

- *Après avoir pris connaissance de cet article, que pensez-vous de l'utilisation d'algorithmes pour lutter contre la fraude fiscale ?*
- *Quels sont, selon-vous les enjeux soulevés par de tels outils ?*

2. Toujours en France, La « CAF » (Caisse d'allocations familiales) utilise un algorithme qui attribue à chaque allocataire un profil de risque ou « score de risque ». Le score de risque attribué par l'algorithme permet à la CAF d'identifier les allocataires qui doivent faire l'objet d'un contrôle.

A ce sujet, voyez notamment l'article suivant : **La Quadrature du Net, « Notation des allocataires: fébrile, la CAF s'enferme dans l'opacité », disponible sur <https://www.laquadrature.net/2022/12/23/notation-des-allocataires-febrile-la-caf-senferme-dans-lopacite/>, 23 décembre 2022.**

- *Comme vous pouvez le lire dans l'article ci-dessus, la CAF refuse de donner accès à certaines informations relatives au fonctionnement de son algorithme (telles que les critères utilisés par son algorithme) au motif qu'en cas de divulgation ces informations « pourraient donner des indications aux fraudeurs pour tromper l'algorithme ». Que pensez-vous de cette position ? Pensez-vous que le fonctionnement d'un algorithme doit rester inconnu du citoyen afin de préserver son effectivité ?*

3. Aux Pays-Bas cette fois, l'utilisation d'algorithmes contre la fraude aux allocations familiales est à l'origine de la chute du gouvernement en 2021¹.

A ce sujet, voyez notamment l'article suivant : Amnesty international, « Pays-Bas. Scandale des allocations familiales : un avertissement qui montre l'urgence d'interdire les algorithmes racistes », disponible sur <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2021/10/xenophobic-machines-dutch-child-benefit-scandal/>, 25 octobre 2021.

- *Comme expliqué par Amnesty International à propos de l'utilisation de ces algorithmes : « Lorsque le système signalait un fraudeur potentiel, un fonctionnaire devait procéder à une analyse manuelle, mais sans recevoir aucune information sur les raisons pour lesquelles la cote de risque indiquée était plus élevée ». Dans un tel cas de figure, pensez-vous que la décision de contrôler la situation d'une personne peut être attribuée à un être humain ?*
- *Après avoir pris connaissance de ces différents articles, avez-vous connaissance d'algorithmes utilisés par les pouvoirs publics en Belgique ? Dans l'affirmative, dans quel(s) domaine(s) et à quelle(s) fin(s) ?*

III. QUEL ENCADREMENT JURIDIQUE METTRE EN PLACE POUR CONTROLER L'UTILISATION D'ALGORITHMES PAR LES POUVOIRS PUBLICS ?

Tant la Belgique que les Pays-Bas songent, actuellement, à instaurer une autorité ayant pour mission de contrôler les institutions publiques qui utilisent des algorithmes.

A ce sujet, voyez notamment les articles suivants :

- Belga, « Le Sénat plaide pour une autorité de contrôle des algorithmes », disponible sur <https://www.levif.be/belgique/politique/le-senat-plaide-pour-une-autorite-de-controle-des-algorithmes/>, 10 février 2023.
 - L. Bertuzi, « Les Pays-Bas prennent les devants en matière de supervision des algorithmes », disponible sur <https://www.euractiv.fr/section/economie/news/les-pays-bas-prennent-les-devants-en-matiere-de-supervision-des-algorithmes/>, 15 novembre 2022.
- *Pensez-vous qu'il est nécessaire d'instaurer de telles autorités et pourquoi ?*
 - *Quels devraient être les principaux pouvoirs de ces autorités de contrôle ?*
 - *Enfin, pensez-vous qu'il soit nécessaire d'interdire, à certaines autorités publiques, d'utiliser des algorithmes ? Si oui, lesquelles ?*

¹ Voyez notamment. X., « Des algorithmes biaisés à l'origine de la chute du gouvernement Néerlandais », disponible sur <https://www.cscience.ca/2021/10/27/des-algorithmes-biaises-ont-cause-le-tracas-du-gouvernement-neerlandais/>, 27 octobre 2021.

IV. POUR ALLER PLUS LOIN SUR LE PLAN JURIDIQUE

L. CLUZEL, « L'esquisse d'un contrôle de la légalité de l'acte administratif automatisé : éclairages de droit comparé », *Vers un droit de l'algorithme ?*, V. BARBÉ, S. MAUCLAIR (dir.), Paris, Mare & Martin, 2022, pp. 145 à 157 (voir ci-dessous à la suite du document).

E. DEGRAVE, "The Use of Secret Algorithms to Combat Social Fraud in Belgium" *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, n°1, pp. 167-177 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.erdalreview.eu/free-download/978882553896015.pdf>).

B. BARRAUD, « L'algorithme de l'administration », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2018, n°150, pp. 42-53 (disponible à l'adresse suivante : <https://hal.science/hal-01678300/document>).

IV. LA PAROLE EST A VOUS !

A quelques jours du cours-conférence consacré au contrôle des algorithmes dont les pouvoirs publics font usage, quelle(s) question(s) aimeriez-vous poser à la professeure Lucie Cluzel et/ou quelle(s) réflexion(s) aimeriez-vous partager avec les autres participants à la séance ?

- Si vous le souhaitez, vous pouvez renvoyer votre document et/ou les questions et réflexions à partager, à Florian Jacques, assistant et chercheur de l'équipe d'e-gouvernement (florian.jacques@unamur.be). De cette manière, nous pourrions dès à présent intégrer vos idées à la préparation de la séance interactive.



L'esquisse d'un contrôle de la légalité de l'acte administratif automatisé – Eclairages de droit comparé

Lucie Cluzel-Métayer, Professeure à l'Université Paris Nanterre, CRDP, CERSA-CNRS

Sans que l'on arrive encore, faute d'inventaire, à évaluer l'ampleur de l'utilisation des algorithmes par l'administration, il est un fait que les cas d'usage se multiplient, en France comme à l'étranger. A la faveur des progrès technologiques, ils se sont, en outre, considérablement diversifiés. Les algorithmes déterministes, au fonctionnement prédéfini par l'humain, capables d'effectuer des tâches régulières pour résoudre des problèmes précis, sont depuis longtemps prisés par l'administration. L'algorithme *Parcoursup*, qui est un algorithme de matching permettant d'affecter les élèves en fonction de leurs vœux et de divers paramètres, fait partie de ces algorithmes classiques. Des algorithmes plus sophistiqués commencent également à être utilisés. Il s'agit d'algorithmes auto-apprenants, qui utilisent le *machine learning*, leur conférant la capacité d'apprendre et de s'améliorer en fonction des données qui les alimentent. Leur fonctionnement ne dépend plus de la programmation mais de l'apprentissage, qui échappe largement à leurs concepteurs. Les algorithmes de reconnaissance faciale, utilisés par exemple par l'application *ALICEM* qui permet d'accéder aux services publics en ligne via un smartphone, appartiennent à cette catégorie d'algorithmes. Il en va de même de l'algorithme « ciblage de la fraude et valorisation des requêtes » (*CFVR*) de l'administration fiscale, visant à développer un contrôle fiscal plus ciblé avec des méthodes d'analyse prédictive basées sur le data-mining (recherche de corrélations dans les bases de données pour mettre en évidence des modèles – en l'occurrence des « types de fraudeur »), le text-mining (permettant de traiter des données non structurées) et le web-scraping, (permettant la fouille des réseaux sociaux). Des algorithmes prédictifs similaires se développent dans les administrations du monde entier : c'est le cas des algorithmes de lutte contre la fraude aux prestations sociales (*OASIS* en Belgique et *SyRI* aux Pays-Bas), ou encore de *COMPAS*, utilisé dans plusieurs Etats américains pour calculer le risque de récidive des détenus.

A la recherche d'efficacité, d'efficience et d'impartialité, les administrations se reposent ainsi de plus en plus sur le « solutionnisme technologique », sans en avoir nécessairement anticipé les impacts juridiques. Le recours à l'algorithme dans l'élaboration de la décision administrative soulève pourtant de multiples questions de droit. Est-il toujours possible d'utiliser un algorithme ou est-ce réservé à certains types de décision ? Doit-il être considéré comme un préalable à la décision ou comme la décision elle-même ? S'il s'agit d'une aide à la décision, c'est que la décision reste en partie humaine. Mais comment distinguer une décision totalement automatisée d'une décision qui ne l'est que partiellement ? Aussi, la possibilité de recourir à l'algorithme est, nous le verrons, souvent conditionnée par la capacité de l'administration à en communiquer, en expliquer et en maîtriser le fonctionnement. Mais l'utilisation croissante d'algorithmes auto-apprenants n'est-elle pas précisément incompatible avec cette injonction ? Enfin, alors qu'ils sont souvent comparés à des « boîtes noires », susceptibles, qui plus est, de receler des biais discriminatoires, comment s'assurer que les algorithmes respectent bien les

normes supérieures, et en particulier les droits et libertés fondamentaux, comme la vie privée, ou encore les grands principes du service public, comme l'égalité ?

Les réponses à ces questions sont rares. Le législateur, en France comme à l'étranger, s'est, pour l'heure, fait assez discret. C'est finalement le juge qui, saisi de contentieux liés à l'utilisation de ces algorithmes, y est de plus en plus souvent confronté.

Lorsque, fin 2018, la Société de législation comparée et l'Université de Leiden ont entrepris une étude sur le contrôle juridictionnel des processus décisionnels administratifs fondés sur des algorithmes, les réponses nationales au questionnaire envoyé aux quatre coins du monde¹ furent succinctes, le contentieux étant alors embryonnaire². Il commence aujourd'hui à prendre de l'ampleur, sous l'effet conjugué d'une algorithmisation amplifiée de l'action administrative, notamment par la crise sanitaire, et de l'inquiétude concomitante des associations de protection des droits fondamentaux, qui en dévoilent les risques et n'hésitent pas à saisir les tribunaux.

Si la structure du contentieux n'est pas partout identique à celle qui gouverne le contentieux administratif français, on peut néanmoins avancer que les litiges dont le juge est saisi sont très majoritairement d'ordre objectif. Il s'agit en effet le plus souvent de demandes d'annulation ou de suspension de systèmes algorithmiques ou de décisions prises sur leur fondement. Le contentieux de la responsabilité n'est pas encore développé.

C'est ainsi à partir de jugements rendus dans divers pays (Italie, France, Belgique, Pays-Bas, Espagne, Etats-Unis) qu'il est possible de déceler des pistes de réponses aux multiples questions que l'algorithmisation administrative fait naître. Mais force est d'admettre que la plupart d'entre elles ne sont, pour l'heure, pas tranchées. Si, dans certains cas, le juge fait preuve d'audace, voire de créativité, les solutions qu'il adopte sont souvent empreintes d'embarras, face à des algorithmes dont il ne maîtrise, pas plus que l'administration d'ailleurs, le fonctionnement, mais dont il ne veut pas empêcher l'utilisation. Le contrôle mérite ainsi d'être questionné à un triple point de vue : d'abord, du point de vue de la recevabilité des recours, et en particulier de l'acte attaqué (I) ; ensuite, du point de vue de l'exigence de transparence de l'algorithme utilisé pour prendre l'acte (II) ; enfin, du point de vue de la légalité de la substance de l'acte administratif automatisé, au regard des normes supérieures, en particulier des droits et des libertés (III).

I. L'acte attaqué

La première question qui doit être posée est celle de savoir quel acte est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. En France, seuls les actes décisifs faisant grief sont susceptibles de recours ; les avis, recommandations et circulaires non impératives, qui relèvent du droit souple, n'en font pas partie car ils ne modifient pas l'ordonnement juridique.

¹ Des chercheurs allemands, anglais et gallois, belges, canadiens, chinois, danois, américains, estoniens, français, norvégiens et néerlandais ont répondu au questionnaire et envoyé leur rapport courant 2019. Quelques magistrats ont également participé à l'enquête, en France et aux Pays-Bas notamment.

² L. Cluzel-Métayer, « Le contrôle juridictionnel embryonnaire des processus décisionnels algorithmiques », *in L'action publique et le numérique*, Société de législation comparée, mars 2021, p. 63.

La décision administrative individuelle prise sur le fondement d'un algorithme peut ainsi, très classiquement, être attaquée par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, ou encore en référés. Par exemple, la décision d'admission ou de rejet dans le cadre de la procédure *Parcoursup*, peut naturellement être attaquée par ce biais.

Mais est-il possible d'introduire un recours contre l'algorithme ? D'abord, la conception de l'algorithme, qui suppose d'opérer des choix de critères, de paramètres et de données pour l'alimenter, pourrait peut-être être assimilée à une mesure préparatoire à la décision administrative. En tant que telle, elle pourrait, sinon faire l'objet d'un recours direct, au moins être invoquée par la voie de l'exception d'illégalité³. Mais l'algorithme lui-même pourrait-il être attaqué devant le juge en tant qu'acte décisoire faisant grief ? En France, l'algorithme et le code source sont conçus comme des documents administratifs communicables, mais non comme des actes administratifs⁴. L'algorithme n'est pas *la* décision mais une aide à la décision. Bien que cela soit discutable, comme nous le verrons ensuite, l'algorithme est en effet considéré en France par le législateur et les juges comme une simple aide à la décision qui ne se substitue nullement à l'être humain⁵. Dès lors ne peut-on l'assimiler à une ligne directrice qui guide les agents dans le traitement des dossiers⁶ ? Lui reconnaître ce statut juridique permettrait de pouvoir l'opposer à l'administration et par conséquent, de l'invoquer à l'appui d'un recours juridictionnel contre la décision qu'il fonde, mais surtout de l'attaquer directement en justice, s'il s'agit d'un algorithme assimilable à une ligne directrice impérative, ne laissant aucune marge de manœuvre à l'autorité administrative pour prendre la décision⁷. Cette analyse peut être rapprochée de celle formulée par le juge administratif italien : depuis un jugement du tribunal administratif de Rome du 22 mars 2017, dont la solution a été reprise dans un arrêt du Conseil d'Etat du 8 avril 2019, il a jugé que l'algorithme utilisé par l'administration correspondait à un « acte administratif informatique » qui pouvait, en tant que tel, être susceptible de recours et annulé, notamment pour violation des principes généraux de la procédure administrative non contentieuse issus de la loi n°241 de 1990⁸. Le respect de l'exigence de transparence semble, à ce titre, en Italie comme dans la plupart des pays étudiés, particulièrement protégée.

II. Le contrôle de la transparence de l'algorithme

³ J-B. Auby, « Le droit administratif face aux défis du numérique », *AJDA* 2018, p. 835.

⁴ Art. L. 300-2 Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

⁵ Cons. Const. 12 juin 2018, n°2018-765 DC, § 69 : le Conseil considère que, dans la mesure où les dispositions contestées se bornaient « à autoriser l'administration à procéder à l'appréciation individuelle de la situation de l'administré, par le seul truchement d'un algorithme, en fonction des règles et critères définis à l'avance par le responsable du traitement », « elles n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration à adopter des décisions sans base légale, ni à appliquer d'autres règles que celles du droit en vigueur ». N'en résulte, dès lors, « aucun abandon de compétence du pouvoir réglementaire »

⁶ CE, SSR, 19 septembre 2014, n° 364385, *Jousselin*.

⁷ A. Boudinar-Zabaleta, « Algorithmes et lignes directrices. Réflexions sur la codification automatisée des motifs des décisions administratives », *Revue Droit Administratif* n° 4, étude n°7, Avril 2019.

⁸ T.A.R., Rome, sect. III-bis, 22 mars 2017, n° 3769 puis CE n°2270, 8 avril 2019. G. Mancosu, « Le contentieux des actes pris sur la base d'algorithmes, un point de vue italien », *Revue générale du droit*, 2019.

Il est possible de dire, pour schématiser, que l'exigence de transparence prend trois formes : elle implique une obligation de communication, d'explicabilité et enfin, de supervision de l'algorithme⁹.

Le droit à la communication. La transparence suppose que les administrés soient informés de l'existence et du fonctionnement de l'algorithme. En France, les codes sources et les algorithmes publics¹⁰ sont, depuis la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016, considérés comme des documents administratifs communicables (art. L. 300-2 CRPA). L'algorithme doit ainsi être communiqué et publié en ligne à la demande de l'administré¹¹. Ce droit à la communication a même été érigé en droit à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la demande de communication de l'algorithme *Parcoursup*. Le Conseil a considéré qu'une disposition qui empêcherait tout accès des tiers à l'algorithme serait contraire à l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en vertu duquel « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration »¹². Des droits ont également été reconnus spécifiquement aux administrés faisant l'objet d'une décision administrative individuelle prise sur le fondement d'un algorithme. Ils doivent, d'une part, en être dûment informés¹³, « à peine de nullité » si la décision est exclusivement fondée sur un algorithme traitant des données personnelles¹⁴ et, d'autre part, se voir communiquer « les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre » s'ils en font la demande¹⁵. Les administrations¹⁶ ont, de surcroît, une obligation de publier en ligne, de leur propre initiative, les données et les bases de données¹⁷, mais aussi les règles définissant les principaux traitements algorithmiques qui fondent des décisions individuelles. Rares sont les Etats qui, à l'instar de la France, ont consacré un droit à la communication de l'algorithme dans leur droit positif. Cela n'empêche pas la saisine des juges et parfois le succès des recours sur ce fondement.

Les tribunaux commencent en effet à être saisis de demandes de communication d'algorithmes. En 2017, les juges italiens ont été saisis d'un recours contre un décret confiant à un logiciel la gestion de la procédure de mobilité des enseignants¹⁸. Les requérants reprochaient au ministère de ne pas avoir communiqué le fonctionnement de l'algorithme, en violation de la loi n°241 du 7 août 1990. Le Tribunal administratif de Rome, considérant que le logiciel était un « acte administratif informatique » effectivement soumis à cette loi de procédure administrative non contentieuse, a jugé que la justiciabilité de l'algorithme imposait « que tous ces aspects soient connus : les auteurs, la procédure d'élaboration, le mécanisme de décision, y compris l'ordre de priorité retenu dans l'évaluation des données en entrée »¹⁹. De même, dans l'affaire *Parcoursup* en France, si le Conseil d'Etat a estimé que la communication de l'algorithme des

⁹ L. Cluzel-Métayer, « Transparence et loyauté des algorithmes », in *L'action administrative algorithmique*, Mare et Martin, à paraître.

¹⁰ Selon la CADA, les algorithmes publics sont, en ce qui concerne la communication, assimilables aux codes sources. CADA, Avis n°20144578 du 8 janvier 2015.

¹¹ Art. L. 311-1 et L. 311-9-4° CRPA.

¹² Cons. Const., 3 avril 2020, n°2020-834 QPC, *Union nationale des étudiants de France*.

¹³ Art. L.311-3-1 CRPA.

¹⁴ Art. 47 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 Informatique et libertés (LIL).

¹⁵ Les informations à communiquer sont précisées à l'Art. R.311-3-1-2 CRPA.

¹⁶ Celles qui emploient plus de 50 agents (art. D. 312-1-1-1 CRPA).

¹⁷ Art. L. 312-1-1 CRPA.

¹⁸ Portail POLIS – Presentazione On Line delle Istanze.

¹⁹ G. Mancosu, précité, p. 8.

établissements pouvait effectivement être limitée²⁰, le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, a néanmoins considéré que « les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître le droit d'accès aux documents administratifs, être interprétées comme dispensant chaque établissement de publier, à l'issue de la procédure nationale de préinscription et dans le respect de la vie privée des candidats, le cas échéant sous la forme d'un rapport, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées et précisant, le cas échéant, dans quelle mesure les traitements algorithmiques ont été utilisés pour procéder à cet examen ». Dans le même sens, la Cour suprême des Pays-Bas a jugé en mai 2018 que les algorithmes étaient des documents communicables²¹.

Mais le droit à la communication de l'algorithme ne saurait être un droit absolu. En France, le Conseil constitutionnel a bien précisé que le législateur pouvait y apporter des « limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général », à la condition de ne pas être disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi²². C'est ainsi que le législateur français n'a pas consacré un droit à la communication de l'algorithme brut, même lorsqu'il fonde une décision individuelle, mais seulement des règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre²³. Du reste, le droit à communication ne concerne pas les algorithmes qui ne fondent aucune décision individuelle²⁴ ni ne mobilisent aucune donnée personnelle²⁵. Alors qu'un algorithme qui oriente l'adoption de telle ou telle mesure réglementaire peut avoir un impact collectif significatif²⁶, il n'a pas à être communiqué. Si les algorithmes étaient conçus comme des lignes directrices, ils devraient être publiés en tant que telles²⁷. La préservation de certains secrets justifie également que la communication soit exclue²⁸. Des secrets liés à la sûreté de l'Etat et à la recherche d'infractions expliquent, par exemple, que la communication de l'algorithme *CFVR* utilisé par l'administration pour lutter contre la fraude fiscale soit impossible²⁹. Enfin, les droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers peuvent justifier que l'algorithme ne puisse être communiqué³⁰. Pour l'heure, à notre connaissance, cette exception n'a pas été soulevée devant le juge administratif français. Elle l'a en revanche été aux Etats-Unis, dans une affaire *State v. Loomis* tranchée par la Cour suprême du Wisconsin en 2016, à propos de l'algorithme *COMPAS* utilisé dans le système pénal américain pour calculer le risque de récidive des détenus et décider ou non de leur libération. La société Northpointe, développeur de l'algorithme, avait refusé d'en dévoiler la logique interne en opposant le secret industriel. Alors que « la compatibilité d'un tel outil avec les droits

²⁰ TA Guadeloupe, 5 février 2019, *Unef*, req. n°1801094 comm. T. Douville, « Parcoursup à l'épreuve de la transparence des algorithmes », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 390 ; H. Pauliat, « Communication à un tiers des procédés algorithmiques utilisés par Parcoursup : pas d'atteinte au secret des délibérations pédagogiques », *JCP A* 18/02/2019, n°7, pp. 4-5 et CE 12 juin 2019, *Université des Antilles*, req. n°427916 et 427919. Concl. P. Fressoz, F. Dieu, « Traitements algorithmiques utilisés par les universités dans le cadre de « Parcoursup » : un droit d'accès limité et réservé aux seuls candidats », *JCP A*, n°30, pp. 43-49, 29 juillet 2019.

²¹ Supreme Court of the Netherlands, 4th of May 2018, ECLI:NL:HR:2018:672.

²² Cons. Const., 3 avril 2020, n°2020-834, décision précitée.

²³ E. Mouriesse, « L'opacité des algorithmes et la transparence administrative », *RFDA* 2019, p. 45.

²⁴ Art. 311-3-1 et 321-1-3 CRPA.

²⁵ Art. 39-5° LIL.

²⁶ CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, Synthèse du débat public, décembre 2017, p. 46.

²⁷ A. Boudinar-Zabaleta, précité, p. 13.

²⁸ Art. L. 311-5 CRPA.

²⁹ 2° de l'article L.311-5 du CRPA. Voir, à ce sujet, C. Lequesne-Roth, « La lutte contre la fraude à l'ère digitale », *Revue de droit fiscal*, n°5, 4 février 2021, p. 2.

³⁰ Art L. 321-2 CRPA.

de la défense et le droit à un procès équitable posait question »³¹, les juges ont considéré, de manière fort discutable³², que l'inaccessibilité de l'algorithme n'invalidait pas la décision, dans la mesure où le logiciel n'était qu'une aide à la décision, fondée *in fine* sur d'autres éléments³³. Mais il ne faut pas en déduire un refus systématique du juge de lever ce secret. Par exemple, à l'occasion d'une action de groupe contre l'utilisation d'un algorithme dans le cadre du programme Medicaid pour évaluer l'assistance aux personnes souffrant d'une déficience mentale, qui avait conduit à la baisse brutale de l'aide sans explication, le juge a obligé l'administration à dévoiler l'algorithme³⁴. Il a considéré que l'opacité de sa mise en œuvre entraînait une violation du droit à un procès équitable³⁵. L'obligation de communication est ainsi conçue comme un préalable à l'explicabilité de l'algorithme.

Le droit à l'explicabilité. L'exigence d'explicabilité peut être rattachée à l'obligation de motiver les décisions administratives, désormais bien établie dans la plupart des pays occidentaux. En France, le législateur a imposé aux administrations qu'elles maîtrisent l'algorithme et ses évolutions « afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement [avait] été mis en œuvre à son égard »³⁶. Les décisions entièrement automatisées ne sont d'ailleurs autorisées que sous réserve que l'administration puisse expliquer le fonctionnement de l'algorithme dont elle résulte, ce qui exclut qu'elle se fonde sur des algorithmes auto-apprenants, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel³⁷.

Certaines juridictions étrangères ont d'ores et déjà sanctionné l'incapacité de l'administration à expliciter le fonctionnement de l'algorithme. Ainsi, le Conseil espagnol de la transparence et de la bonne gouvernance³⁸, saisi d'une demande d'accès à un algorithme de contrôle fiscal, a, par une décision du 13 février 2020, partiellement accueilli la requête, considérant qu'un minimum de transparence s'imposait à l'administration fiscale³⁹. De même, par un jugement du 5 février 2020, le Tribunal de district de La Haye a considéré, à propos d'un algorithme de lutte contre la fraude aux prestations sociales (*SyRI* – System Risk Indication), que le juge n'était pas mis en capacité de réaliser son contrôle du « juste équilibre » entre l'objectif légitime de lutte contre la fraude et certaines libertés fondamentales comme le respect de la vie privée des citoyens ou encore l'interdiction de les discriminer, parce que l'administration n'avait ni communiqué ni *a fortiori* fourni d'explications relatives au fonctionnement de cet algorithme⁴⁰.

³¹ S. Desmoulin-Canselier, D. Le Métayer, *Décider avec les algorithmes*, Dalloz, Les sens du droit, 2020, p. 89.

³² <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>

³³ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016), 13th July, 2016. La Cour Suprême a ensuite rejeté l'appel de Loomis en 2017. *Loomis v. Wisconsin*, 137 S. Ct. 2290 (2017)

³⁴ La société Houghton Mifflin Harcourt Publishing Company, qui a développé l'algorithme en question (le SIB-R) opposait ses droits d'auteur et alléguait les risques de perte économique substantielle si l'algorithme était copié.

³⁵ *K.W. v. Armstrong*, March 28, 2016, United States District Court, D. Idaho.

³⁶ Art. 47-2° de la LIL.

³⁷ Cons. Const. 12 juin 2018, n°2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles*, § 71.

³⁸ Consejo de Transparencia y de Buen Gobierno, qui correspond à la CADA française.

³⁹ Consejo de Transparencia y de Buen Gobierno, Resolución 825/2019, 13 février 2020 cité par B. D. Olivares Olivares, "Law and Artificial Intelligence in the Spanish Tax Administration : the Need for a Specific Regulation", *European Review of Digital Administration & Law*, 2020, Vol. 1, p. 227 à 234 <http://www.aracneeditrice.it/index.php/publicazione.html?item=9788825538960>

⁴⁰ Tribunal de District de La Haye, 5 février 2020, *NJCM c.s./ De Staat der Nederlanden (SyRI)*, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 <https://perma.cc/DS89-K477> ; A. Meuwese, « Regulating Algorithmic Decision-making One Case at the Time : a Note on the Dutch « SyRI » Judgment », *ERDAL*, 2020 Vol. 1, p. 209.

L'obligation de supervision. L'humain doit pouvoir « garder la main », pour reprendre l'expression de la CNIL. L'algorithme ne saurait échapper à l'administration, qui doit en maîtriser la conception, le fonctionnement et les évolutions, sous peine d'incompétence négative. En France, le Conseil constitutionnel a considéré que l'autorisation donnée à l'administration de prendre une décision individuelle exclusivement fondée sur un algorithme ne correspondait pas à un abandon de compétence du pouvoir réglementaire, parce que les règles et critères de l'algorithme étaient paramétrées par l'administration⁴¹. Mais l'autorité administrative est-elle réellement en capacité de contrôler l'algorithme ? Au stade de la conception, la traduction des règles juridiques en ligne de code peut générer certains décalages, d'autant que l'autorité administrative qui va manier le logiciel n'est pas toujours maîtresse de sa conception, loin s'en faut⁴². Au stade de leur mise en œuvre, si la question de l'impossible maîtrise de l'évolution des algorithmes auto-apprenants⁴³, qui peuvent pourtant servir à la prise de décisions administratives en toute légalité, n'a pas encore été soulevée devant le juge, celle de l'absence de supervision d'algorithmes classiques a déjà été sanctionnée. Dans la décision *K.W. v. Armstrong* de 2016, les juges de la Cour de District de l'Idaho ont par exemple considéré que l'administration, en se reposant aveuglément sur l'algorithme, sans procéder à des tests réguliers, prenait des décisions arbitraires violant le « due process »⁴⁴. De même, les juges italiens ont jugé, au sujet du logiciel *POLIS*, que le ministère n'avait pas suffisamment supervisé la conception et le fonctionnement du dispositif⁴⁵.

Ces quelques cas ne permettent certainement pas de tirer des conclusions généralisables. Ils livrent néanmoins des pistes de réflexions pour développer le contrôle juridictionnel de la mise en œuvre de l'acte administratif automatisé. Le contrôle de la substance de l'acte, tout aussi délicat, doit être à présent examiné.

III. Le contrôle de la substance de l'acte administratif automatisé

Le contrôle de la légalité interne, qui sanctionne les vices tenant à la substance de l'acte, peut porter, d'une part, sur le fait même de recourir à l'algorithme dès lors que l'administration n'y est pas toujours autorisée, et sur le respect par l'acte automatisé des normes supérieures, spécialement celles qui protègent l'égalité et les libertés des citoyens.

La question du recours à l'algorithme. Le régime juridique relatif au recours à l'algorithme dans le cadre de l'élaboration des actes administratifs est lacunaire, en France comme dans la plupart des Etats étudiés.

Les pays membres de l'Union européenne jouissent d'une grande marge de manœuvre à ce sujet, puisque l'article 22 du RGPD autorise de larges exceptions à l'interdiction de prendre des décisions fondées sur un algorithme.

⁴¹ Cons. Const. Décision précitée, §. 69.

⁴² Rapport collectif de l'ENA à la demande d'Etalab, *Ethique et responsabilité des algorithmes publics*, juin 2019, p. 17-18.

⁴³ E. Morozov, « The rise of data and the death of politics », *The Guardian*, 20(07), 2014.

⁴⁴ *K.W. v. Armstrong*, March 28, 2016, United States District Court, D. Idaho, précitée.

⁴⁵ G. Mancosu, « Les algorithmes déterministes au prisme du cas italien de la mobilité des enseignants », *Revue générale du droit*, 2018.

Aussi, le recours à l'algorithme est-il largement autorisé en France. Rappelons d'abord que même aux origines de « l'administration électronique », les seules interdictions portaient sur l'utilisation des algorithmes de profilage en tant que fondements exclusifs des décisions administratives (art.2 al 2 de la loi du 6 janvier 1978). Quarante ans plus tard, utilisant la marge de manœuvre laissée aux Etats par le RGPD⁴⁶, le législateur français a adopté une importante dérogation à l'interdiction de prendre des décisions sur le seul fondement d'un algorithme, concernant précisément les décisions administratives individuelles⁴⁷. Quelques garde-fous ont été mis en place : le traitement ne saurait, d'abord, porter sur des données sensibles ; l'administration doit, en outre, être capable d'en assurer la maîtrise « afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard ». La portée de cette précision, ajoutée par le Conseil constitutionnel, ne saurait être négligée car elle implique l'interdiction d'utiliser des algorithmes auto-apprenants, pourtant de plus en plus mobilisés, en tant que fondement exclusif d'une décision administrative individuelle.

Cela signifie que le régime juridique applicable dépend de la question de savoir si l'algorithme est ou non le fondement exclusif de la décision. En d'autres termes, si l'algorithme n'est pas le fondement exclusif mais seulement une aide à la décision, tout type d'algorithmes peut être utilisé, ce qui n'est pas anodin. Une décision fondée sur un algorithme de reconnaissance faciale, par exemple, est légale dès lors qu'elle n'est pas entièrement automatisée et qu'elle respecte les règles relatives au droit de la protection des données personnelles. C'est ainsi que, si le Tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération du conseil régional autorisant le recours à un portail de reconnaissance faciale à l'entrée de deux lycées, c'est parce que le principe du recueil d'un consentement libre et éclairé des données n'avait pas été respecté, et non parce que cette technologie ne pouvait, en soi, être utilisée⁴⁸. Dans le même sens, le Conseil d'Etat a validé la mise en place de l'application d'accès aux services publics en ligne, ALICEM, qui utilise un algorithme de reconnaissance faciale, dès lors que, d'une part, les personnes ne sont pas obligées d'y recourir, et d'autre part, elles y consentent expressément⁴⁹.

On comprend donc que la distinction entre les décisions partiellement et entièrement automatisées est essentielle pour déterminer le champ des possibles. Mais elle emporte quelques difficultés.

La première tient au fait qu'aucun critère n'a été clairement posé afin de caractériser le degré d'intervention humaine nécessaire pour que l'on considère que l'algorithme est seulement constitutif d'une aide à la décision⁵⁰. La mise en place d'un dispositif de traçabilité de

⁴⁶ Selon l'article 22 du RGPD, si une personne physique « a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire », il est possible de prendre des décisions automatisées lorsqu'elles sont nécessaires « à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat », lorsque la personne concernée y a expressément consentie ou encore lorsque ces décisions sont encadrées par des dispositions spécifiques du droit de l'Union Européenne ou du droit national des Etats membres.

⁴⁷ Article 21 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, devenu Article 47 de la loi Informatique et libertés.

⁴⁸ S. Merabet, « Chronique Droit et IA », *JCP G*, 6 juill. 2020, 840, p. 1278.

⁴⁹ CE 4 novembre 2020, *La Quadrature du Net*, n° 432656.

⁵⁰ N. Lasbleiz et I. Milkes, « Los desafíos de la automatización de las decisiones individuales por la administración pública », Bogotá : *Universidad Externado de Colombia*, 2021.

l'ensemble de la procédure automatisée de construction de la décision permettant de déterminer s'il y a eu intervention humaine ou non ne relève pas de l'évidence⁵¹.

Ensuite, la question de savoir dans quelle mesure l'algorithme peut fonder une décision prise dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'administration mérite d'être posée. Lorsqu'elle est en compétence liée, l'administration n'a aucune marge d'appréciation. Dès lors, peu importe que la décision soit entièrement automatisée ou non. L'algorithme peut se substituer à l'homme pour vérifier que les conditions de légalité sont remplies et prendre la décision en toute légalité. En revanche, comment laisser le pouvoir discrétionnaire de l'administration s'exprimer dans le cadre d'une décision entièrement automatisée ? Sans intervention humaine, quelle peut-être la place de l'interprétation de la règle, de son adaptation aux circonstances de chaque situation⁵² ? L'algorithme déterministe étant précisément pré-déterminé par l'être humain, l'expression du pouvoir discrétionnaire de l'administration nous semble, en effet, largement illusoire. En abandonnant son pouvoir discrétionnaire à l'algorithme « *ce n'est pas tant la compétence de l'Administration qui se trouve alors liée, mais bien la décision, décision administrative liée par la programmation retenue* »⁵³. En résulte une question de compétence : puisque l'agent disparaît derrière la machine, est-il encore l'auteur de la décision ? Comment ne pas y voir, à l'instar d'Hélène Pauliat, une fiction juridique⁵⁴ ?

Le respect de la vie privée et de l'égalité. Les requérants qui demandent l'annulation des actes administratifs individuels pris sur le fondement d'algorithmes, ou l'annulation d'actes réglementaires autorisant leur mise en œuvre sont souvent des associations de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux. Selon ces dernières, ces actes, sont potentiellement attentatoires aux libertés, en particulier au droit à la vie privée. Le juge vérifie alors si la mise en œuvre du traitement automatisé ne porte pas une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et au droit corrélatif à la protection des données personnelles (LIL, RGPD, Directive police-justice, Convention n°108 du Conseil de l'Europe, article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Le juge administratif français a récemment enjoint l'administration de suspendre l'utilisation de ces traitements dans des hypothèses variées. Le Conseil d'Etat a par exemple sanctionné par deux fois l'utilisation de drones par la préfecture de police pour surveiller le respect des règles de sécurité sanitaire pendant le déconfinement⁵⁵. Il a jugé que, dès lors que le traitement d'images via caméras aéroportées est un traitement de données personnelles - les personnes filmées pouvant aisément être identifiées par des techniques d'analyse d'image qui permettent de restaurer une image proche de celle d'origine - un décret aurait dû être adopté pour en encadrer l'utilisation, après avoir sollicité un avis de la CNIL. Le Conseil d'Etat a considéré qu'il y avait une atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de la vie privée puisque la procédure n'avait pas été respectée. De même, le tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération du Conseil régional de PACA qui autorisait la mise en place de portails de reconnaissance faciale à l'entrée de deux lycées, d'une part, parce que le consentement recueilli n'était pas libre et éclairé et, d'autre part, parce qu'en tout

⁵¹ N. Lasbleiz et I. Milkes, *prec.*

⁵² J-B. Duclercq, « L'automatisation algorithmique des décisions administratives individuelles », *RDP* 2019, p. 295.

⁵³ C. Mondou et J. Saison, « L'administration augmentée », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 50, 17 Décembre 2018.

⁵⁴ H. Pauliat, « La décision administrative et les algorithmes : une loyauté à consacrer », *RDP* n°3, p. 643.

⁵⁵ CE ord. 18 mai 2020 *Association La Quadrature du Net et la Ligue des droits de l'homme*, n°440442, 440445 ; CE ord. 22 décembre 2020, *La Quadrature du Net*, n°446155, S. Hourson, « Dans l'œil du drone », *Le Club des juristes*, 4 juin 2020.

état de cause, des mesures moins attentatoires aux libertés auraient pu être adoptées⁵⁶. Le juge est ainsi assez vigilant concernant les traitements visant l'identification des citoyens. Il vient à ce titre d'annuler partiellement le décret portant l'application *GendNotes*, application mobile de prise de notes à destination des gendarmes, facilitant les opérations de terrain. Le Conseil d'Etat a considéré que ce décret mettant en place un fichier de données personnelles (données d'état civil, photographie, géolocalisation de l'auteur de la note, etc.), potentiellement sensibles, qui avait pour finalités de recueillir et conserver ces données pour faciliter le pré-renseignement d'autres traitements et assurer la transmission de comptes-rendus aux autorités judiciaires, ne comportant « aucune indication quant à la nature et à l'objet des traitements concernés ni quant aux conditions d'exploitation, dans ces autres traitements », ne satisfaisait pas « à l'exigence d'une finalité "déterminée, explicite et légitime" », imposée par la loi de 1978⁵⁷.

Pour l'heure, aucune juridiction n'a, à notre connaissance, annulé l'utilisation d'un algorithme sur le fondement d'une rupture d'égalité. On sait pourtant que ces traitements peuvent être porteurs de biais discriminatoires⁵⁸, tantôt parce que les données qui les alimentent sont datées et empreintes de préjugés (ce qui a été reproché à l'algorithme *COMPAS*, reproduisant les biais racistes pré-existants⁵⁹), tantôt parce que la conception même de l'algorithme peut générer des biais (ce qui a par exemple été observé par le Défenseur des droits à propos de *Parcoursup*⁶⁰).

Confrontés à des questions assez similaires, les juges français et étrangers commencent ainsi à dégager des pistes de solutions pour contrôler la légalité des actes administratifs automatisés. Mais beaucoup de questions restent sans réponses et certaines, comme la qualification juridique de l'algorithme ou encore la possibilité ou non de recourir à tel ou tel algorithme, mériteraient que le législateur intervienne sans attendre et anticipe l'adoption des grandes lignes formulées dans la proposition de règlement européen établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle⁶¹.

⁵⁶ Tribunal administratif de Marseille, 9^e ch., 3 févr. 2020, n° 1901249, Chron. Droit et IA, S. Merabet, *JCP G*, juill. 2020.

⁵⁷ CE 13 avril 2021, n°439360, *La Ligue des droits de l'homme*.

■ ⁵⁸ L. Cluzel-Métayer, « Décision publique algorithmique et discriminations », in M. Mercat-Bruns (Dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit*, Société de législation comparée, coll. Trans Europe Experts, Vol. 14, 2020, pp. 109-119.

⁵⁹ <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. L'étude compare le risque prédit par COMPAS et, deux ans plus tard, la réalité des faits : le risque de récidive des personnes noires est exagéré par COMPAS au regard du taux de récidive effectivement constaté deux ans après. Le phénomène inverse est constaté concernant les personnes blanches.

⁶⁰ Dans sa décision n°2019-021 du 18 janvier 2019, le DDD a considéré que le recours au critère du lycée d'origine, qui avantage ou défavorise certains candidats en fonction de critères géographiques, peut être assimilé à une pratique discriminatoire, s'il aboutit à l'exclusion des candidats sur ce fondement.

⁶¹ Commission européenne, 21 avr. 2021, COM(2021)206 final, Artificial Intelligence Act ; *D. actualité*, 3 mai 2021, comm. C. Crichton ; Chronique Droit et IA, *JCP G*, juillet 2021, G. Marti.