INTERNATIONAL JOURNAL OF **DIGITAL AND DATA LAW**

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT **DES DONNÉES ET DU NUMÉRIQUE**

Vol. 7 - 2021

ISSN 2553-6893

IMODEV
LES ÉDITIONS

International Journal of Digital and Data Law
Revue internationale de droit des données et du numérique

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6893

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

Les propos publiés dans cet article n'engagent que leur auteur.

The statements published in this article are the sole responsibility of the author.

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -

CC-**BY-NC-ND**

Attribution
Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial
Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ the International Journal of Digital and Data Law** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV. Enfin, associée de BeRecht Avocats, elle est avocate au barreau de Paris et médiateure professionnelle agréée par le CNMA.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV. Fondateur et associé de BeRecht Avocats, il est avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le CNMA.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons_CC-**BY-NC-ND** :

1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;

2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Digital and Data Law / Revue Internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV. Partner at BeRecht Avocats, she is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV. Founder and partner at BeRecht Avocats, he is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license CC-**BY-NC-ND**:

1) the *International Journal of Open Governments*/ la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;

2) the *International Journal of Digital and Data Law* / la *Revue internationale de droit des données et du numérique* (RIDDN) [ISSN 2553-6893].

LES DIFFICULTÉS DE MISE EN CONFORMITÉ DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE AVEC LES OBLIGATIONS RELATIVES AUX DÉCISIONS INDIVIDUELLES PRISES SUR LE FONDEMENT D'UN TRAITEMENT ALGORITHMIQUE

par **Olivier GRÉVIN**, doctorant en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

En France comme ailleurs, les algorithmes sont utilisés par les administrations depuis longtemps. Il serait même tentant de dire depuis toujours. Au moins s'agissant de toute administration d'une société humaine ayant atteint une taille et une pérennité relativement importantes. En effet, entre 3000 et 500 avant J-C avec l'invention et le développement de l'écriture complète (d'abord en Mésopotamie puis en Égypte, en Chine et partout dans le monde), certaines administrations en sont venues à stocker d'immenses quantités d'informations. Dès lors, ainsi que le montre l'auteur Yuval Noah Harari, afin de rendre les services qui sont attendus d'elle, une telle administration se doit de « garantir un traitement de données efficace, exact et commode. Cela requiert [...] des méthodes rapides et précises (des algorithmes) »[1]. Dès lors, l'algorithme qui peut être défini comme « la description d'une suite finie et non ambiguë d'étapes (ou d'instructions) permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée »[2], apparaît comme un outil indispensable pour toute administration. En effet, à l'aune de cette définition, toute procédure administrative constitue (par exemple et à l'instar d'une recette de cuisine) un algorithme.

Toutefois, ce n'est que relativement récemment que les effets conjugués de deux phénomènes ont conduit à l'évolution, si ce n'est à la création, du cadre juridique du recours à l'algorithme par l'administration.

Le premier de ces phénomènes réside dans l'informatisation de l'administration. Cette dernière s'accompagne naturellement de l'informatisation totale ou partielle de nombreux algorithmes intervenant dans un processus de décision pour le citoyen. Or, les premiers usages par l'administration de technologies informatiques dans les années 70, ont tout de suite suscités des interrogations et

[1] Y. N. HARARI, *Sapiens : Une brève histoire de l'humanité*, Albin Michel, 2015.

[2] Rapport CNIL *Comment permettre à l'Homme de garder la main : les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle* 15 décembre 2017.

des craintes. En France, ces derniers ont conduit le législateur à adopter un cadre juridique composé de deux lois afin de « regagner la confiance des citoyens en leur garantissant que l'informatisation de la société n'irait pas à l'encontre de leurs droits fondamentaux »[3]. On peut ainsi faire remonter, en France, l'encadrement juridique du recours aux algorithmes par l'administration à la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés » (s'agissant du droit au respect de la vie privée et plus précisément de la protection des données à caractère personnel) et à la loi du 17 juillet 1978 dite « loi CADA » (s'agissant du droit d'accès à l'information publique et plus précisément du droit d'accès aux documents administratifs). Toutefois, il s'agit alors d'un encadrement indirect puisqu'aucune de ces deux lois ne mentionne explicitement les algorithmes.

Il faut attendre le second de ces phénomènes pour que l'application de ce cadre juridique soit explicitement reconnue s'agissant de l'usage des algorithmes par l'administration, d'abord par les décisions d'autorités administratives indépendantes[4], puis par la jurisprudence[5], et enfin par la loi[6].

En effet, un second phénomène va progressivement renforcer cette informatisation de l'administration et par conséquent accroître et intensifier continuellement le recours aux algorithmes informatisés. Ce phénomène est décrit par Alain Supiot comme « le renversement du règne de la loi au profit de la gouvernance par les nombres » ou encore « l'asservissement de la loi au calcul d'utilité », que l'auteur situe à la fin du XXème siècle lors des « noces du capitalisme et du communisme » en Europe et en Chine[7]. Il s'agit de la « volonté d'étendre à la société toute entière ce que l'on imagine être une organisation scientifique du travail » sur le modèle des algorithmes informatiques[8]. Ce phénomène qui s'exprime dans tous les domaines de la vie humaine a été mis en œuvre, s'agissant de la gouvernance étatique, à travers le « *New public management* » ou « la Nouvelle gestion publique », qui « consiste à étendre à l'administration publique les règles et méthodes de l'entreprise privée, au nom d'une science générale des organisations »[9]. Au niveau de l'administration étatique cette « gouvernance par les nombres » a été mise en œuvre en France d'abord avec l'instauration en 1996 d'un objectif national des dépenses

[3] W. GILLES « Le processus des gouvernements ouverts en France : Genèse d'un mouvement récent porté par des fondements plus anciens » in *Revue internationale des Gouvernements ouverts*, vol. 5, 2017, pp. 71-90.

[4] Voir en ce sens : Commission d'accès aux documents administratifs, avis n° 20144578 du 8 janvier 2015 ; Commission d'accès aux documents administratifs, avis n° 20161990 du 23 juin 2016.

[5] TA Paris, 5ème section, 2ème chambre, 10 mars 2016, n°150895.

[6] Loi pour une République numérique, 7 octobre 2016, n°2016-1321 dite « loi Lemaire ».

[7] A. SUPIOT, La Gouvernance par les nombres - Cours au Collège de France (2012-2014), coll. Poids et mesures du monde, Fayard, 2015, p. 228.

[8] Ibidem, pp. 43 et 216.

[9] Ibid. Sur ce point voir également O. E. HUGHES, *Public Management and Administration. An Introduction*, Palgrave Macmillan, 4eme éd., 1994, 373 p. ; B. HIBOU, *La Bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, Paris, La Découverte, 2012, 223 p.

d'assurance maladie[10] et surtout avec l'adoption de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) adoptée en 2001[11]. Elle a été poursuivie dans le cadre de la Révision Générale des Politiques Publiques en 2007 puis de la Modernisation de l'Action Publique (MAP) en 2012 et enfin « d'Action Publique 2022 » en 2017. C'est dans ce contexte et pour poursuivre ces objectifs que l'on assiste en France à la mise en place d'une administration électronique puis numérique[12]. Dans ce cadre, l'augmentation exponentielle des usages numériques et des données à disposition de l'administration, ont eu pour conséquence ce que certains auteurs ont pu décrire comme une « algorithmisation de l'administration »[13].

Cette dernière a conduit le législateur à consacrer pour la première fois en 2016[14] un cadre juridique spécifique au recours à l'algorithme par l'administration dans un domaine spécifique, la prise de décision individuelle.

Ce domaine est en effet l'un de ceux pour lesquels les enjeux pour l'administration sont les plus importants. A ce titre, le rapport « Éthique et responsabilité des algorithmes publics » de la promotion Molière (2018-2019) de l'ENA[15] souligne que « les algorithmes pouvant renforcer le sentiment d'éloignement de l'administration et d'isolement du citoyen, les collectivités publiques qui les déploient se doivent d'y recourir de manière exemplaire » car « se joue en partie ici la légitimité du service public ». En effet, à la différence des algorithmes privés, qui servent des intérêts particuliers et dont l'utilisation est rarement obligatoire, les algorithmes utilisés par l'administration « sont régulièrement utilisés afin de faire appliquer une loi, prévoyant des dispositions au service de l'intérêt général » et « s'imposent aux administrés ».

Ces enjeux apparaissaient déjà dans le plan d'action national 2015-

---

[10] Code de la sécurité sociale, art. L.O.111-3 et L.O.111-4. ; R. PELLET, « Les lois de financement de la sécurité sociale depuis la loi organique du 2 août 2005 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 136 ; P. HASSENTEUFEL et B. PALIER, « Les trompe-l'œil de la "gouvernance" de l'Assurance-maladie. Contrastes franco-allemands », *Revue française d'administration publique*, 2005, n° 113, p. 13.

[11] Loi organique relative aux lois de finances, 1er août 2001, n° 2001-692, dite (LOLF). Voir ministère de l'Économie et des Finances *Guide pratique de la LOLF (Comprendre le budget de l'État)*, juin 2012. Voir aussi H.-M. CRUCIS, « Les objectifs en droit financier public. La fin en soi ? », in *Les Objectifs dans le droit,* B. FAURE (dir.), Paris, Dalloz, 2010, pp. 115-133.

[12] W. GILLES, « Le modèle français de l'administration numérique : réalités et enjeux », *Revue de l'Institut du Monde et du développement*, n°4, 2013, pp. 49-71 ; W. GILLES, « L'administration numérique en France : quel modèle juridique ? », in *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique,* I. BOUHADANA et W. GILLES (dir.), Les éditions IMODEV, 2014, pp. 15-27.

[13] B. BARRAUD, « Les algorithmes au cœur du droit et de l'État post-moderne » *Revue internationale du droit des données et du numérique,* 2018, pp. 37-52.

[14] 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).

[15] École Nationale d'Administration, Promotion 2018-2019 « MOLIÈRE », Rapport collectif sur commande d'une administration centrale, *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, juin 2019.

2017 pour la France dans le cadre du partenariat pour un gouvernement ouvert (OGP) au titre des engagements n°15 (Renforcer la politique gouvernementale d'ouverture et de circulation des données) et n°16 (Favoriser l'ouverture des modèles de calcul et des simulateurs de l'État).

Ainsi, le cadre juridique relatif aux décisions individuelles fondées sur un traitement algorithmique posé par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 impose à l'administration un certain nombre d'obligations destinées à assurer le respect des droits des administrés.

Toutefois, le rapport de fin de mandat 2015-2017 pour la France dans le cadre du mécanisme d'évaluation indépendant de l'OGP soulignait que « la Loi pour une République numérique doit encore être pleinement mise en œuvre ; par conséquent, la portée et l'ampleur de l'engagement demeurent limitées et n'ont contribué que de manière négligeable à l'ouverture du gouvernement ». Le même rapport relevait en outre que « étant donné le peu de codes sources et de modèles de simulation qui ont été ouverts, cet engagement reste limité en termes de portée et d'échelle ».

Ces engagements ont donc été prolongés dans le plan d'action national 2018-2020[16], au titre de l'engagement n°6 intitulé « Renforcer la transparence des algorithmes et des codes sources publics ».

Par ailleurs, le cadre juridique issu de la loi pour une République numérique et les obligations qu'il comporte ont été complétés, s'agissant des traitements algorithmiques de données personnelles par les droits français et européen de la protection des données à caractère personnel. Les obligations que comportent ces derniers ont récemment été complétées et précisées dans le cadre de l'adaptation du droit français aux obligations issues du Règlement Général sur la Protection des Données à caractère personnel (RGPD) par la loi du 20 juin 2018[17] et la décision n° 2018-765 DC du Conseil Constitutionnel en date du 12 juin 2018. Ces derniers développements ont encore accru, pour les administrations, l'enjeu de se conformer à leurs obligations. En effet, depuis le 1er juillet 2020, les décisions administratives individuelles entièrement automatisées (c'est-à-dire les décisions fondées exclusivement sur un traitement algorithmique) qui ne respectent pas les dispositions introduites par les textes susmentionnés encourent la nullité[18].

Or, malgré cela, force est de constater que l'administration française dans son ensemble connait de grandes difficultés dans sa mise en conformité avec ce cadre juridique et dans le respect des obligations qui en découlent. En témoignent, les nombreux articles

[16] Plan d'action national 2018-2020 pour la France dans le cadre de l'OGP.
[17] Loi relative à la protection des données personnelles, 20 juin 2018, n°2018-493.
[18] Ces décisions doivent comporter, à peine de nullité, la mention explicite prévue aux articles L.311-3-1 et R.311-3-1-1 du Code des Relations entre le Public et l'Administration (CRPA).

à ce sujet dans la presse spécialisée telle que la revue en ligne NextInpact[19], pour n'en citer qu'une, ou encore les nombreux contentieux, à l'image des recours liés aux algorithmes de Parcoursup[20], eux aussi largement relayés dans la presse (spécialisée ou non). En témoigne également l'outil de suivi du plan d'action 2018-2020 de la France dans le cadre de l'OGP et dont les indicateurs indiquent en janvier 2021 un avancement à peine supérieur à 50% dans la réalisation des engagements relatifs à la transparence des algorithmes[21].

C'est donc la double question de l'identification et de la résolution des difficultés des administrations dans l'appropriation et la mise en œuvre des normes auxquelles elles sont soumises qui se pose et ce afin de permettre la mise en conformité des pratiques au regard des règles de droit existantes.

Les causes des difficultés de l'administration sont nombreuses et complexes. Elles sont à la fois, techniques, politiques, organisationnelles et juridiques.

D'un point de vue juridique, il semble que deux sources de difficultés principales peuvent être relevées. La première concerne la complexité et l'imprécision du cadre juridique en lui-même (§1). La seconde concerne les pratiques contractuelles relatives aux méthodes d'acquisition des solutions de traitement algorithmique par l'administration (§2).

§ 1 – DES DIFFICULTÉS LIÉES À LA COMPLEXITÉ ET L'IMPRÉCISION DU CADRE JURIDIQUE

L'utilisation d'algorithmes par l'administration dans le cadre de l'édiction de décisions individuelles est régie d'une part par le droit de la protection des données personnelles, et d'autre part par le droit d'accès aux documents administratifs et à l'information publique. Cette double source d'obligations ainsi que l'imprécision des dispositions en question semblent constituer l'un des principaux freins au respect par l'administration de ses obligations (A). Les solutions envisagées à ce jour afin de remédier à ce constat semblent « écarter l'hypothèse d'évolutions législatives structurelles, au moins à court terme »[22] pour privilégier différentes

[19] Voir par exemple : X. BERNE, « Un rapport se penche sur les « ratés » de la transparence des algorithmes publics », NextInpact, 6 février 2020 ; X. BERNE, « Obligation d'explicitation des algorithmes publics : un an pour rien ? », NextInpact, 3 septembre 2018 ; X. BERNE, « Transparence des algorithmes : La loi numérique ignorée de Nombreuses Administrations », NextInpact, 2017.

[20] Sur ce point voir notamment : TA Guadeloupe, 4 février 2019, jugement n° 1801094 ; CE, 12 juin 2019, n°427397 ; C.C., 3 avril 2020, n° 2020-834.

[21] Outil de suivi du Plan d'action national pour une action publique transparente et collaborative : [https://dinsic.xwiki.com/xwiki/wiki/pgosuividesindicateurspublic/view/Indicateurs/#|t=indicateurs&p=1&l=15&s=staticList1&d=asc&staticList2=6] (consulté le 04/01/2021).

[22] *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, op. cit. (Voir note n°15).

actions de pédagogie et de sensibilisation au sein de l'administration (B).

A) Les incertitudes relatives au cadre juridique, un frein au respect par l'administration de ses obligations

Le droit positif relatif aux décisions individuelles fondées sur un traitement algorithmique est relativement récent et complexe en ce qu'il impose d'opérer de nombreuses distinctions[23] suivant les caractéristiques de l'administration à l'origine de la décision, la nature des données traitées, la part du traitement dans le processus de décision, la nature de l'algorithme employé mais aussi la nature de la décision (1). Outre leur complexité, les dispositions actuelles comprennent surtout des imprécisions de nature à entraver l'appropriation par l'administration de ses obligations (2).

1) Un cadre juridique récent et relativement complexe

Il convient tout d'abord de rappeler que le cadre juridique relatif aux décisions individuelles fondées sur un traitement algorithmique est issu de d'une part du droit d'accès aux documents administratifs et à l'information publique tel que codifié au sein du livre III du CRPA et d'autre part du droit des données personnelles, à savoir du RGPD et de la loi informatique et liberté.

A ce titre, il est possible de distinguer deux catégories de dispositions. Les premières concernent exclusivement les algorithmes fondant des décisions individuelles. Il s'agit de dispositions introduites au sein de la loi informatique et libertés et du livre III du CRPA entre octobre 2016 et juin 2018. Les autres dispositions concernent l'ensemble des cas d'usage de l'algorithme par l'administration. Il s'agit par exemple des algorithmes fondant un acte réglementaire.

Il est ainsi nécessaire de s'interroger sur la nature de la décision (individuelle ou non) afin de déterminer l'étendue des dispositions applicables à l'administration qui en est à l'origine.

L'identification d'une décision individuelle n'est toutefois pas suffisante afin de déterminer les obligations que doit respecter l'administration s'agissant de l'algorithme qui fonde ladite décision. En effet, il est à ce stade nécessaire d'effectuer une seconde distinction entre d'une part les traitements algorithmiques de données à caractère personnel et d'autre part les traitements algorithmiques de données non personnelles. S'agissant des premiers, les dispositions du RGPD, de la loi informatique et libertés et du CRPA sont applicables. S'agissant des seconds, qui concernent par exemple des décisions individuelles visant des personnes morales (telles que des sociétés), seules celles du CRPA

[23] Voir Annexe 1.

sont applicables. Ainsi, ces dernières constituent, en quelque sorte, le socle des dispositions applicables à toute décision administrative individuelle fondée sur un traitement algorithmique.
Toutefois, il est encore nécessaire de distinguer entre trois cas distincts qui varient en fonction de l'administration concernée.
Le premier cas concerne les administrations comptant au moins 50 Équivalents Temps Plein (ETP) et 3500 habitants s'il s'agit de collectivités territoriales. Cinq types d'obligations s'imposent à ces administrations qui doivent :

1. Communiquer aux personnes qui en font la demande, en vertu des articles L.300-2 et L.311-1 du CRPA, le code source qui « traduit » l'algorithme en langage informatique accessible à l'intelligence humaine (au contraire du code objet qui traduit l'algorithme en un langage interprétable par une machine). Cette obligation s'applique également aux documents administratifs (cahiers des charges, notes internes, commentaires de l'administration sur le produit fini, etc.) qui décrivent l'algorithme[24] ;
2. Publier en ligne ces documents administratifs (codes sources, cahiers des charges, etc.) dès lors qu'ils ont été communiqués (article L.312-1-1 du CRPA) ;
3. Communiquer à la demande de la personne concernée par la décision individuelle fondée sur un traitement algorithmique les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre (article L.311-3-1). L'article R.311-3-1-2 du CRPA précise qu'à ce titre, l'administration doit communiquer « sous une forme intelligible » à l'intéressé « le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision », « les données traitées et leurs sources », « les paramètres du traitement et leur pondération » et, enfin, « les opérations effectuées » ;
4. Apposer sur la décision individuelle (avis, notification, etc.), et publier en ligne, une mention explicite précisant les finalités du traitement, le rappel du droit de communication et les modalités d'exercice de ce droit et le cas échéant de saisine de la commission d'accès aux documents administratifs (articles L.311-3-1 et R.311-3-1-1 du CRPA) ;
5. Publier en ligne les règles définissant les principaux traitements algorithmiques fondant des décisions individuelles (articles L.312-1-3 et D.312-1-4 du CRPA).

Le deuxième cas concerne les collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants mais de plus de 50 ETP. Seules 4 des 5 obligations listées ci-dessus s'appliquent à ces dernières. En effet, elles sont, en

[24] S-M. FERRIÉ, « Intelligence artificielle- les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP,* 2018, n°11, pp.498-505 ; J. CROUZET « Déchiffrer l'algorithme : La saga Admission post-bac (APB) se poursuit » *Revue Lamy Droit de l'immatériel,* 2017, n°52, p.48.

vertu de l'article L.312-1-1 du CRPA, exemptées de l'obligation de publication des codes sources et documents décrivant les algorithmes ayant fait l'objet d'une communication.
Le troisième cas concerne les collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants et moins de 50 ETP. Il est identique au deuxième à la différence que ces collectivités sont également exemptées (en vertu de l'article D.312-1-4 du CRPA) de l'obligation de publication en ligne des règles définissant les principaux traitements algorithmiques fondant des décisions individuelles.
S'agissant spécifiquement des traitements algorithmiques de données personnelles, plusieurs distinctions doivent ici encore être opérées.
La première concerne le degré de contribution de l'algorithme à la décision. Il convient à ce titre de distinguer les décisions fondées en partie sur un traitement algorithmique de celles fondées exclusivement sur un tel traitement. En effet, si pour les deux catégories de décisions l'administration doit respecter les obligations attachées à sa nature de responsable de traitement et au respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.), certaines obligations concernent uniquement les décisions exclusivement fondées sur un traitement algorithmique.
Ces obligations ont pour source le RGPD et plus particulièrement l'article 22 de ce règlement. Cet article interdit en principe les décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé et produisant des effets juridiques ou « affectant de manière significative de façon similaire » la personne concernée. Toutefois, le même article ouvre la possibilité pour les législateurs nationaux de déroger à cette interdiction. Le législateur français s'est saisi de cette opportunité à travers la loi du 20 juin 2018 (adaptant le de droit national au RGPD) qui modifie l'article 10 de la loi informatique et libertés (47 depuis l'entrée en vigueur, le 1er juin 2019, de l'ordonnance du 12 décembre 2018) et autorise les décisions administratives entièrement automatisées. Le même article précise que ces décisions ne sont autorisées que sous cinq conditions :

- Elles sont prises dans le respect de l'article L. 311-3-1 ;
- Elles portent la mention explicite prévue à l'article L.311-3-1 du CRPA « à peine de nullité » ;
- Elles peuvent faire l'objet d'un recours administratif dans les conditions définies au chapitre Ier du titre Ier du livre IV du CRPA et l'administration ne peut se fonder exclusivement sur un algorithme pour se prononcer sur ledit recours ;
- L'algorithme ne traite pas de données sensibles au sens de l'article 6 I de la loi informatique et libertés ;
- Le responsable de traitement s'assure de « la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions 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 ».

Le conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle a priori de la loi du 20 juin 2018 susmentionnée, a interprété strictement les dispositions de la loi et précisé 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 du traitement »[25]. Ce qui exclut l'utilisation d'algorithmes auto-apprenants pour la prise de décision administrative individuelle totalement automatisée.
À ce stade, seules ont été présentées les principales distinctions applicables[26], il semble toutefois qu'elles soient suffisantes afin de rendre compte de la complexité de ce cadre juridique mais également d'illustrer l'imprécision de ces dispositions.

2) Une appropriation des obligations entravée par l'imprécision des dispositions

Le principal frein au respect de ces dispositions relevé par l'ensemble des acteurs chargés de leur application[27] réside dans leur imprécision.
Ces dispositions sont tout d'abord imprécises s'agissant de leur champ d'application. Il est dès lors difficile d'identifier les traitements, outils et décisions concernés afin d'en dresser une cartographie exhaustive et d'en assurer la conformité avec le droit positif. En effet, qu'il s'agisse des délégués à la protection des données (DPO), des administrateurs ministériels des données (AMD), des directeurs des systèmes d'informations (DSI), la même question revient dès lors qu'on les interroge à ce sujet : Avez-vous des exemples concrets de traitement relevant de cette catégorie ? La question semble légitime à plusieurs égards.
Un premier exemple réside dans le fait qu'aucun texte législatif ou réglementaire pas plus que la jurisprudence ne définit à ce jour les notions d'algorithme ou de traitement algorithmique[28]. A ce titre, les travaux législatifs relatifs à l'adoption des dispositions

[25] C.C., 12 juin 2018, déc. 2018-765 DC, *Loi relative à la protection des données personnelles,* cons. 71.
[26] Il faudrait en effet notamment y ajouter celles relatives aux nombreuses exceptions prévues notamment par les articles L.311-4 à L.311-6 du CRPA ainsi qu'au domaine dans lequel est adoptée la décision. Par exemple, s'agissant des algorithmes fondant des décisions intéressant la sûreté de l'État et la défense, l'article 119 de la loi informatique et liberté maintien, à la place des dispositions de l'article 47, les dispositions de l'article 39 ancien de la même loi qui régissaient alors l'ensemble des traitements automatisés.
[27] Dans le cadre de la réalisation de cet article, ont été rencontrés le DPO d'un ministère, le DSI d'un établissement public administratif et un AMD. Il est précisé que l'ensemble de ces interlocuteurs a souhaité garder l'anonymat, eu égard au caractère politiquement sensible des questions posées par le sujet du présent article.
[28] J.B. DUCLERCQ, « Le droit public à l'ère des algorithmes », *Revue de droit public,* 2017.

susmentionnés, loin d'être éclairant, entretiennent la confusion. En effet, si le dossier législatif relatif à la loi pour une République numérique[29] semble assimiler les « traitements algorithmiques » aux « programmes informatiques », le dossier législatif relatif à la loi du 20 juin 2018[30] souligne quant à lui la diversité des formes qu'ils peuvent prendre. Cette incertitude n'est pas sans conséquence quant à la capacité des administrations à respecter leurs obligations. En attestent notamment, comme le souligne très justement le rapport de l'ENA précité, les difficultés du groupe de travail sur l'audit et le contrôle des algorithmes de la ville de New-York[31] ainsi que les travaux du Parlement européen qui font d'une définition commune de la notion un prérequis essentiel à toute régulation des algorithmes[32].

Un second exemple réside dans les incertitudes liées à la nature juridique des décisions concernées. En effet, ici encore la notion de décision individuelle n'est définie ni dans les textes ni dans la jurisprudence et divise la doctrine dont une part considère même qu'une telle définition serait, si ce n'est impossible, au moins inopportune[33].

De plus, si l'article 47 de la loi informatique et libertés fait expressément référence aux « décisions administratives individuelles », et donc aux actes administratifs unilatéraux décisoires, il en va différemment du CRPA qui vise pour sa part les « décisions individuelles ». Dès lors, les travaux législatifs relatifs à la loi pour une République numérique n'étant d'aucun secours, deux interprétations sont possibles.

La première est de considérer que, puisque ces dispositions figurent au sein du Livre III de ce code, sont visées toutes les décisions des « administrations » mentionnées à l'article L.300-2[34]. Selon cette première interprétation, pourraient être concernées les décisions individuelles qui ne sont pas des actes administratifs, comme par exemple celles adoptées par les personnes privées chargées d'une mission de service public industrielle et commerciale (SPIC), ainsi que certains actes administratifs non décisoires.

La seconde est de suivre les indications du guide des algorithmes publics réalisé par Etalab[35] (entité rattachée à la Direction

[29] [https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000031589829/] (consulté le 15/12/2020).

[30] [https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000036195293/] (consulté le 15/12/2020).

[31] Dont les divergences internes relatives à son champ de compétences, en l'absence d'une définition juridique de la notion d'algorithme, ont été portées devant la presse (voir notamment : New York City task force is fracturing, The Verge, 15 avril 2019).

[32] A governance framework for algorithm accountability and transparency, Rapport du comité pour l'avenir de la science et de la technologie du Parlement européen, avril 2019.

[33] B. DEFOORT, « Définir la décision administrative dans le futur code des relations entre le public et les administrations ? », *AJDA,* 2015, p. 811.

[34] Il s'agit de l'État, des collectivités territoriales ainsi que par des autres personnes de droit public ou des personnes de droit privé chargées d'une mission de service public.

[35] https://guides.etalab.gouv.fr/algorithmes/guide/#_1-a-quoi-servent-les-algorithmes-publics : consulté le 20/12/2020.

interministérielle du numérique). Ce dernier combine les dispositions de l'article L.200-1 du CRPA et de la circulaire du 24 décembre 1997 relative à la mise en œuvre de la déconcentration des décisions administratives individuelles afin de conclure que sont concernés les actes administratifs individuels décisoires qui ont pour destinataire une ou plusieurs personnes nommément désignées. Cette interprétation exclue donc nécessairement tous les actes administratifs non décisoires ainsi que les décisions individuelles ne pouvant être qualifiées d'acte administratif[36]. Cette interprétation n'est toutefois pas pleinement satisfaisante car l'article L.200-1 précise bien que ses dispositions concernent l'application du livre II[37]. En outre, la définition proposée par la circulaire de 1997 précitée, n'est applicable que dans le champ d'application restreint de cette dernière[38].

Ces dispositions sont ensuite imprécises quant à l'ampleur, susceptible d'interprétations diverses, des obligations qu'elles prévoient[39]. Par exemple, on peine, en l'absence de toute indication supplémentaire, à mesurer précisément l'étendue de l'obligation de publication des « règles définissant les principaux traitements algorithmiques » mentionnée à l'article L.312-1-3 du CRPA. De même, l'absence de modèle de mention explicite, prévue par l'article L.311-3-1 du CRPA, empêche une application uniforme de ces dispositions par les administrations. Enfin, s'agissant des informations devant être communiquées au titre de l'article R.311-3-1-2 du CRPA, elles « sont difficiles à traduire de manière opérationnelle et il n'est pas aisé d'identifier le degré d'information devant être apporté aux administrés afin d'être conforme au cadre juridique »[40]. Cette dernière difficulté semble encore exacerbée par l'avis du Conseil d'État relatif à la loi pour une République numérique au sein duquel, ce dernier estime que la précision des informations fournies ne doit pas « permettre à des usagers de se constituer un profil permettant de contourner les prescriptions qui seraient applicables aux opérateurs »[41].

---

[36] C. FROGER, « Notion d'acte administratif - Manifestation unilatérale de volonté. Autorité administrative », in Jurisclasseur Mise à jour 4 octobre 2019, fascicule n° 106-10 ; C. FROGER, « Notion d'acte administratif - Effets de droit », in Jurisclasseur, Mise à jour 1er janvier 2019, fascicule n° 106-20.

[37] Certains auteurs semblent toutefois considérer que les précisions terminologiques de cet article sont applicables à l'ensemble du code : voir par exemple les commentaires de M. VIALETTES (Conseillère d'État), C. BARROIS DE SARIGNY et E. BOKDAM-TOGNETTI (Maîtres des requêtes au Conseil d'État) sous l'article L200-1 du Code des relations entre le public et l'administration, Dalloz, 5ème édition, 2021.

[38] P. FRAISSEIX, La déconcentration des décisions administratives individuelles, *AJDA*, 1999, p. 113

[39] Voir notamment en ce sens : J. ROCHFELD, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT,* 2018, N°214 et J. ROCHFELD, « Droit de ne pas subir une décision fondée sur un traitement automatisé », *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, mai 2020.

[40] *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, op. cit. (Voir note n°15).

[41] Conseil d'État, Assemblée Générale, séance du jeudi 3 décembre 2015, n° 390741, avis sur un projet de loi pour une République numérique.

Ces dispositions sont enfin imprécises s'agissant des sanctions qu'emportent leur non-respect. En effet, hormis s'agissant des décisions individuelles entièrement automatisées, « il existe un certain flou concernant le risque réel d'annulation d'une décision individuelle, en partie fondée sur un algorithme, pour le non-respect de ces obligations dans l'environnement jurisprudentiel issu de la jurisprudence Danthony[42] ».
On note toutefois, un certain nombre d'initiatives portées en majorité par Etalab afin de remédier à cet état de fait.

B) La pédagogie et la sensibilisation comme pis-aller face au manque d'effectivité du cadre juridique

Un certain nombre d'actions (production de guides, rapports, rencontres, etc.) ont été mises en œuvre ces dernières années afin de clarifier le cadre juridique applicable aux décisions individuelles fondées sur un algorithme (1). Toutefois, ces dernières devraient être poursuivies car elles restent à ce jour incomplètes (2)

1) Un travail de pédagogie et de sensibilisation amorcé

Tout d'abord, le guide de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques, réalisé par la CNIL et la CADA en partenariat avec les services d'Etalab, semble expliciter la notion de « principaux traitements » en précisant que « les principaux algorithmes utilisés pour la prise de décisions individuelles » sont « les traitements automatisés de données personnelles aboutissant à de telles décisions ». Ce guide établit ainsi une équivalence avec les traitements visés par le droit des données personnelles. S'agissant de l'obligation d'information générale de l'article L.312-1-3 du CRPA et de la notion de « règles définissant les principaux traitements algorithmiques », le guide précise qu'il s'agit d'un document spécifique qui mentionne « les principales étapes et les différents modules de l'algorithme dans un langage compréhensible pour chacun ».
Ensuite, une série d'autres guides ont été réalisé sous l'égide d'Etalab (faisant parfois intervenir d'autres acteurs tels que l'ANSSI par exemple) afin de réaliser l'objectif n°6 du Plan d'action national 2018-2020 pour la France dans le cadre de l'OGP. Ainsi, l'élaboration d'un guide des algorithmes publics a été entreprise par Etalab au début de l'année 2019. De même que deux guides relatifs ouverture des codes sources publics[43].

[42] *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, op. cit. (Voir note n°15).
[43] Un guide interactif relatif à l'ouverture des codes sources : [https://guide-juridique-logiciel-libre.etalab.gouv.fr] (consulté le 20/12/2020). Et un guide d'accompagnement plus général : [https://github.com/etalab/ouverture-des-codes-sources-publics] (consulté le 20/12/2020).

C'est encore Etalab qui est à l'origine de la commande du rapport de l'ENA susmentionné. A ce titre, la méthodologie d'élaboration retenue, fondée sur la rencontre de nombreux acteurs de différentes administrations, a notamment permis de contribuer au travail de sensibilisation des administrations au respect du cadre normatif en vigueur. Ce rapport a également permis de formuler un certain nombre de recommandations et de propositions (par exemple un modèle de la mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 du CRPA ou encore une cartographie des obligations propres au cadre juridique des algorithmes) qui ont à ce jour en partie étaient reprises par Etalab sur son site web.
On peut également noter que la diffusion large et interactive du guide des algorithmes publics d'Etalab et de son contenu, qui constituait l'une des recommandations du rapport de l'ENA, a pu se faire de manière originale sous la forme d'un « webinaire » organisé par Etalab en juin 2020 auprès d'une centaine d'agents d'administrations publiques.
Toutefois ces différents éléments restent incomplets et nécessitent d'être approfondis afin de préciser l'interprétation des obligations s'imposant aux administrations.

2) Un travail de pédagogie et de sensibilisation incomplet

Les entretiens menés dans le cadre de la réalisation du présent article tendent à montrer clairement que les actions déjà engagées sont insuffisantes et devraient être poursuivies et renforcées. En effet, aucun des acteurs rencontrés, à l'exception notable de l'AMD, ne connaissait l'existence des différents guides susmentionnés.
Par ailleurs, certains de ces guides comportent, sur le plan juridique, un certain nombre d'approximations voire d'erreurs. Il en va notamment ainsi du guide des algorithmes publics d'Etalab. A ce titre, deux exemples peuvent être relevés. Le premier concerne l'article de la loi informatique et libertés auquel le guide renvoie s'agissant des obligations liées au traitement de données personnelles. En effet, le guide cite les dispositions de l'article 119 de cette loi qui ne sont applicables qu'aux décisions intéressant la sûreté de l'État et la défense au lieu de renvoyer par exemple vers les articles 48 et suivants ainsi que 57 et suivants de la même loi. Le second exemple concerne l'obligation d'information générale prévue par l'article L.312-1-3 du CRPA. En effet, contrairement à ce qu'indique le guide, sont également concernées par cette obligation les collectivités territoriales de moins de 3 500 habitants mais de plus de 50 ETP.
On peut également regretter s'agissant de l'engagement n°6 pris par la France au titre de son plan d'action 2018-2020 dans le cadre de l'OGP, que n'ait pas été accomplie l'action consistant à réaliser 5

monographies d'algorithmes publics visant à identifier les enjeux de ces derniers en termes techniques, juridiques et organisationnels. De même, certaines recommandations pertinentes du rapport de l'ENA n'ont pas été suivies. Il s'agit par exemple de celle visant à apporter une définition harmonisée de la notion de « traitement algorithmique ». Ou encore de celle visant à compléter le guide des algorithmes publics en apportant des précisions et exemples quant aux informations devant être fournies à la demande de l'intéressé sur la base des réponses déjà fournies par certaines administrations ou de la documentation en ligne de certaines autres. Enfin certaines recommandations de ce rapport semblent ne pas avoir suffisamment été mises en œuvre. On peut à ce titre relever la possibilité de s'appuyer sur les travaux de mise en conformité avec le RGPD qui permettent notamment de participer à l'élaboration d'une cartographie des traitements algorithmiques. Il y a fort à parier que lors de l'élaboration d'une telle cartographie, nombreuses seront les solutions de traitement algorithmique qui feront l'objet de difficultés liées aux modalités de leur acquisition.

§ 2 – LA COMMANDE PUBLIQUE, ENTRE MAUX ET SOLUTIONS DE LA MISE EN CONFORMITÉ DES ADMINISTRATIONS

Les difficultés présentées jusqu'ici ont évidemment des conséquences importantes quant aux modalités de conception et d'acquisition des solutions de traitement algorithmique par l'administration. En effet, la plupart du temps, l'administration ne dispose pas des ressources nécessaires en interne afin de développer elle-même lesdites solutions qui sont dès lors acquises via les mécanismes de la commande publique et plus particulièrement les marchés publics. Le manque d'acculturation des agents à ces enjeux constitue ainsi un risque important de non-conformité, exacerbé par le fait que les fonctions d'acheteur, de prescripteur métier et de juriste sont encore trop souvent cloisonnées[44]. La prise en compte des problématiques juridiques n'intervient alors que trop tard dans le cadre du processus achat de ces administration (A). Ce constat est regrettable car ce dernier processus constitue une opportunité pour l'administration, de faciliter sa mise en conformité en déportant une partie de la charge associée à cette dernière vers son cocontractant (B).

A) Des difficultés liées aux méthodes d'acquisition des solutions de traitement algorithmique

S'agissant spécifiquement des décisions fondées exclusivement sur un traitement algorithmique, la licéité de ces dernières est

[44] Voir notamment en ce sens : J. RAMBININTSOA, « Achats publics d'informatique : quelles bonnes pratiques ? L'administration numérique en France : quel modèle juridique ? », in *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique,* I. BOUHADANA et W. GILLES (dir), Les éditions IMODEV, 2014, pp. 99-116.

conditionnée, ainsi que cela a été exposé ci-dessus, au respect des obligations relatives à l'information et à la communication des informations relatives à l'algorithme.

Toutefois, dans de nombreux cas, les supports contractuels ayant permis l'acquisition de ces outils ne permettent pas de respecter ces obligations. En effet, ces contrats ne transfèrent pas toujours à l'acheteur public les droits nécessaires.

A ce titre, conformément aux articles L.311-3-1, L.312-1-3 et L.311-5, l'existence de « secrets protégés par la loi fait obstacle à la publication et à la communication de ces informations. Or, si les algorithmes ne peuvent faire l'objet de droits de propriété intellectuelle, ils bénéficient néanmoins de la protection du secret des affaires[45].

Il n'est pas évident que les marchés publics permettent aux acheteurs publics de divulguer des informations relatives à l'algorithme développé dans le cadre du marché public. Par exemple, le cahier des clauses administratives générales des marchés relatifs aux technologies de l'information et de la communication (CCAG TIC) ne prévoit pas par défaut cette possibilité.

En effet, lorsque tout ou partie de l'algorithme constitue des connaissances antérieures[46], ou est relatif à un logiciel standard[47], rien n'est prévu s'agissant des droits de l'acheteur sur ces éléments. De plus, s'agissant des développements spécifiques, réalisés à l'occasion du marché public, le CCAG TIC prévoit dans le cadre de l'option A de l'article 38 que le titulaire du marché autorise l'acheteur « à utiliser les résultats couverts par le secret des affaires, sous réserve d'en préserver la confidentialité ». Ce n'est qu'au titre de l'option B du même article que ce document prévoit que le titulaire cède, à titre exclusif, définitif et irrévocable à l'acheteur « le droit d'exploiter les résultats couverts par le savoir-faire ou le secret des affaires ». Toutefois, sans activation explicite de cette option, c'est l'option A qui s'applique.

---

[45] Voir notamment : Q. SGARD, « Le secret et l'algorithme : le verrou de l'intelligence artificielle », communication présentée le 14 novembre 2018 lors des Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique des 13 et 14 novembre 2018.

[46] L'article 35.3 du CCAG TIC définit les connaissances antérieures comme « tous les éléments, quels qu'en soient la forme, la nature et le support, qui ne résultent pas de l'exécution des prestations objet du marché, tels que notamment les œuvres, les logiciels, leurs mises à jour ou leurs nouvelles versions, les bases de données, les signes distinctifs, les noms de domaine, les informations, les sites internet, les rapports, les études, les marques, les dessins et modèles, les inventions brevetables ou non au sens du code de la propriété intellectuelle, et plus généralement tous les éléments protégés ou non par des droits de propriété intellectuelle ou par tout autre mode de protection tels que le savoir-faire, le secret des affaires, le droit à l'image des biens ou des personnes et qui appartiennent, au jour de la notification du marché, au titulaire du marché ou à des tiers, ou qui leurs sont concédés en licence ».

[47] L'article 2 du CCAG TIC définit le logiciel standard comme « un logiciel conçu par le titulaire du marché ou un éditeur tiers, pour être fourni à plusieurs utilisateurs en vue de l'exécution d'une même fonction ».

Il en va de même s'agissant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle (notamment droits d'auteurs) attachés au code source du logiciel traduisant l'algorithme en langage informatique[48]. A ce titre, on peut également relever qu'en l'absence de droit suffisants, l'administration est contrainte de s'adresser au titulaire afin d'implémenter l'apposition de la mention explicite obligatoire sur les décisions générées.
Il est bien entendu toujours possible de déroger à ces dispositions et de les compléter dans les documents particuliers du marché à condition de le prévoir explicitement. Toutefois, ce n'est généralement pas le cas, soit en raison d'un manque d'acculturation à ces problématiques et d'une maîtrise imparfaite des CCAG, soit en raison d'un sentiment de manque de moyens humains et financiers pour prendre en considérations ces problématiques.
Au contraire, les méthodes et outils de la commande publique peuvent constituer un véritable levier de mise en conformité à moindre coût.

B) Un possible levier de mise en conformité par la diffusion de bonnes pratiques

Lorsqu'il s'agit d'acquérir des outils de prise de décisions administratives automatisées auprès de prestataires privés, la passation du marché est l'occasion de permettre, voire de faciliter, la mise en conformité de l'administration.
En effet, la prise en compte des obligations présentées ci-dessus doit être anticipée dès la phase achat. A ce titre, devrait être encouragé l'ajout, aux documents particuliers du marché, de stipulations similaires à celles de l'option B de l'article 38 du CCAG TIC susmentionné, et ce pour l'ensemble des algorithmes fondant la prise de décision (qu'ils soient relatifs à des connaissances antérieures, des logiciels standards ou des développements spécifiques).
Les documents techniques du marché, tels que les Cahiers des Clauses Techniques Particulières ou les Cahiers des Spécifications Fonctionnelles et Techniques, devraient quant à eux prévoir l'apposition de la mention explicite obligatoire sur les décisions générées par l'outil.
Il pourrait également être intéressant de prévoir la fourniture, par le titulaire du marché, d'une documentation permettant de respecter les obligations des articles R.311-3-1-2 et L.312-1-3 du CRPA. A ce titre, le rapport de l'ENA, cité auparavant à de nombreuses reprises, propose une clause type à insérer au Cahier des Clauses Administratives Particulières du marché[49].

[48] Voir notamment en ce sens : *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, op. cit. (Voir note n°15).
[49] L'annexe 4 dudit rapport comprend l'exemple suivant : « Article X – Intelligibilité du traitement opéré par le logiciel :

Ce dernier présente également plusieurs autres pistes intéressantes. Il s'agit notamment de favoriser le recours aux logiciels libres « de nature à faciliter le droit à la communication applicable aux algorithmes ». Mais aussi de prendre en compte ces problématiques dans le cadre des documents généraux auxquels les acheteurs peuvent renvoyer pour définir les stipulations de leurs marchés (CCAG et Cahiers des Clauses Techniques Générales). A ce titre, la révision actuellement en cours des CCAG pourrait être l'occasion de mettre en œuvre cette recommandation[50].
L'ensemble des bonnes pratiques susmentionnées peut, et devrait, également être appliqué s'agissant des marchés publics dont l'exécution est déjà en cours. Et ce, y compris lorsque leurs clauses ne permettent pas à l'acheteur public de bénéficier des droits nécessaires afin de les mettre en œuvre ou de les faire mettre en œuvre par un tiers. En effet, cette circonstance est de nature à justifier le recours à l'article R.2122-3 du Code de la commande publique qui permet de passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence et sans limite de montant lorsqu'existent notamment des droits d'exclusivité ou des raisons techniques impliquant que les prestations ne puissent être réalisées que par un opérateur économique déterminé.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages

A. Ouvrages généraux

HARARI Y. N., *Sapiens : Une brève histoire de l'humanité*, Albin Michel, 2015.

HIBOU B., *La Bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, Paris, La Découverte, 2012, 223 p.

HUGHES O. E., *Public Management and Administration. An Introduction*, Palgrave Macmillan, 4eme éd., 1994, 373 p.

En plus de la documentation technique prévue à l'article 21 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de techniques de l'information et de la communication, le titulaire fournit au pouvoir adjudicateur un document spécifique destiné à l'information du public.
Ce document précise la finalité du traitement opéré par logiciel, les données traitées et leurs sources, les paramètres de traitement, leur pondération, les règles de variation de la pondération et les opérations effectuées par le traitement, dans un langage visant à assurer l'intelligibilité du traitement par le public.
Ce document ayant vocation à être publié et étant susceptible d'être modifié par le pouvoir adjudicateur, le titulaire lui cède les droits de propriété intellectuelle dans les conditions prévues par l'option B — Cession exclusive des droits du titulaire au pouvoir adjudicateur, de l'article 38 du CCAG TIC ».

[50] Voir la consultation actuellement menée à ce sujet par la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'économie, des finances et de la relance : [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/Consultation/Note%20de%20présentation%20CCAG.pdf] (consulté le 05/01/2021).

SUPIOT A., La Gouvernance par les nombres - Cours au Collège de France (2012-2014), coll. Poids et mesures du monde, Fayard, 2015, p. 228.

B. Articles dans des ouvrages collectifs

CRUCIS H.-M., « Les objectifs en droit financier public. La fin en soi ? », in B. FAURE (dir.), *Les Objectifs dans le droit,* Paris, Dalloz, 2010, pp. 115-133.

GILLES W., « L'administration numérique en France : quel modèle juridique ? », in I. BOUHADANA et W. GILLES (dir.), *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique,* Les éditions IMODEV, 2014, pp. 15-27.

J. RAMBININTSOA, « Achats publics d'informatique : quelles bonnes pratiques ? L'administration numérique en France : quel modèle juridique ? », in I. BOUHADANA et W. GILLES (dir), *Droit et gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique,* Les éditions IMODEV, 2014, pp. 99-116.

C. Encyclopédies

FROGER C., « Notion d'acte administratif – Manifestation unilatérale de volonté. Autorité administrative », in *Jurisclasseur* Mise à jour 4 octobre 2019, fascicule n° 106-10

FROGER C., « Notion d'acte administratif - Effets de droit », in *Jurisclasseur*, Mise à jour 1er janvier 2019, fascicule n° 106-20.

II. Articles de revue

BERNE X., « Un rapport se penche sur les « ratés » de la transparence des algorithmes publics », *NextInpact*, 6 février 2020

BERNE X., « Obligation d'explicitation des algorithmes publics : un an pour rien ? », *NextInpact*, 3 septembre 2018

BERNE X., « Transparence des algorithmes : La loi numérique ignorée de Nombreuses Administrations », *NextInpact*, 2017.

BARRAUD B., « Les algorithmes au cœur du droit et de l'État post-moderne », *Revue internationale du droit des données et du numérique,* 2018, pp. 37-52.

CROUZET J. « Déchiffrer l'algorithme : La saga Admission post-bac (APB) se poursuit », *Revue Lamy Droit de l'immatériel,* 2017, n°52, p. 48.

DEFOORT B., « Définir la décision administrative dans le futur code des relations entre le public et les administrations ? », *AJDA,* 2015, p. 811.

DUCLERCQ J.B., « Le droit public à l'ère des algorithmes », *Revue de droit public,* 2017

FERRIÉ S-M., « Intelligence artificielle- les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP,* 2018, n° 11, pp.498-505

FRAISSEIX P., La déconcentration des décisions administratives individuelles, *AJDA*, 1999, p. 113

GILLES W. « Le processus des gouvernements ouverts en France : Genèse d'un mouvement récent porté par des fondements plus anciens » in *Revue internationale des Gouvernements ouverts*, vol. 5, 2017, pp. 71-90.

GILLES W., « Le modèle français de l'administration numérique : réalités et enjeux », *Revue de l'Institut du Monde et du développement*, n°4, 2013, pp. 49-71

PALIER B., « Les trompe-l'œil de la "gouvernance" de l'Assurance-maladie. Contrastes franco-allemands », *Revue française d'administration publique*, 2005, n° 113, p. 13.

PELLET R., « Les lois de financement de la sécurité sociale depuis la loi organique du 2 août 2005 », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 136

ROCHFELD J., « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT,* 2018, N°214

ROCHFELD J., « Droit de ne pas subir une décision fondée sur un traitement automatisé », *Répertoire IP/IT et Communication*, Dalloz, mai 2020.

III. Rapports

Rapport CNIL *Comment permettre à l'Homme de garder la main : les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle* 15 décembre 2017.

École Nationale d'Administration, Promotion 2018-2019 « MOLIÈRE », Rapport collectif sur commande d'une administration centrale, *Éthique et responsabilité des algorithmes publics*, juin 2019.

Parlement européen ? *A governance framework for algorithm accountability and transparency*, Rapport du comité pour l'avenir de la science et de la technologie du Parlement européen, avril 2019.

IV. Sitographie

[https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000031589829/] (consulté le 15/12/2020).

[https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000036195293/] (consulté le 15/12/2020).

https://guides.etalab.gouv.fr/algorithmes/guide/#_1-a-quoi-servent-les-algorithmes-publics (consulté le 20/12/2020).

[https://guide-juridique-logiciel-libre.etalab.gouv.fr] (consulté le 20/12/2020).

[https://github.com/etalab/ouverture-des-codes-sources-publics] (consulté le 20/12/2020).

[https://dinsic.xwiki.com/xwiki/wiki/pgosuividesindicateurspublic/view/Indicateurs/#|t=indicateurs&p=1&l=15&s=staticList1&d=asc&staticList2=6] (consulté le 04/01/2021).

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/Consultation/Note%20de%20présentation%20CCAG.pdf] (consulté le 05/01/2021).

V. Divers

SGARD Q., « Le secret et l'algorithme : le verrou de l'intelligence artificielle », Communication présentée le 14 novembre 2018 lors des *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique des 13 et 14 novembre 2018*.

ANNEXE 1 : TABLEAU RÉCAPITULATIF DU CADRE JURIDIQUE APPLICABLE

Type de données traitées	Degré de contribution de l'algorithme	Textes	Administrations concernées	Domaine concerné	Dispositions applicables
Non personnelles	Décisions fondées exclusivement OU non sur un traitement algorithmique	CRPA Livre III	1. **Moins** de 50 ETP ; 2. CT de **moins** de 3500 habitants **et moins** de 50 ETP.	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs (**sauf diffusion/publication : L312-1 à D312-1-4**) ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique (**sauf informations générales : L312-1-3 et D312-1-4**).
			CT de **moins** de 3500 habitants et **plus** de 50 ETP	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs (**sauf diffusion/publication : L312-1 à D312-1-4**) ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique
			1. 50 ETP ou plus ; 2. CT de 3500 habitants et de 50 ETP ou plus	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique.
Personnelles	Décisions fondées en partie sur un traitement algorithmique	CRPA Livre III	1. **Moins** de 50 ETP ; 2. CT de **moins** de 3500 habitants **et moins** de 50 ETP.	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs (**sauf diffusion/publication : L312-1 à D312-1-4**) ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique (**sauf informations générales : L312-1-3 et D312-1-4**).
			CT de **moins** de 3500 habitants et **plus** de 50 ETP	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs (**sauf diffusion/publication : L312-1 à D312-1-4**) ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique
			1. 50 ETP ou plus ; 2. CT de 3500 habitants et de 50 ETP ou plus	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique.
		LIL	Toutes les administrations	Tous	- Obligations du responsable de traitement et respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.) **sauf articles 47 et 119**
				Traitement intéressant la sûreté de l'État et la défense	- Communiquer les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé (article 119). - Obligations du responsable de traitement et respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.) **sauf article 47**
		RGPD		Tous	- Obligations du responsable de traitement et respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.) **sauf articles 13. 2. f) / 14. 2. g) / 15. 1. h) / et 22.**
	Décisions fondées exclusivement sur un traitement algorithmique	CRPA Livre III	1. **Moins** de 50 ETP ; 2. CT de **moins** de 3500 habitants **et moins** de 50 ETP.	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs (**sauf diffusion/publication : L312-1 à D312-1-4**) ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique (**sauf informations générales : L312-1-3 et D312-1-4**).
			CT de **moins** de 3500 habitants et **plus** de 50 ETP	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs (**sauf diffusion/publication : L312-1 à D312-1-4**) ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique
			1. 50 ETP ou plus ; 2. CT de 3500 habitants et de 50 ETP ou plus	Tous	- Droit commun de l'accès aux documents administratifs ; - Règles spécifiques à la transparence algorithmique.
		LIL	Toutes les administrations	Tous	- Obligations du responsable de traitement et respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.) sauf article 119 - Obligations spécifiques aux décisions administratives algorithmiques
				Traitement intéressant la sûreté de l'État et la défense	- Communiquer les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé (article 119). - Obligations du responsable de traitement et respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.).
		RGPD		Tous	- Obligations du responsable de traitement et respect des droits des personnes concernées (information, communication, rectification, etc.).

Traitement : auteur du présent document.