

INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET DROIT ADMINISTRATIF



www.coe.int/cdcj

Étude comparative préparée par :
Prof. Dr. Johan Wolswinkel

Décembre 2022

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

ÉTUDE COMPARATIVE PORTANT SUR LE DROIT ADMINISTRATIF ET L'UTILISATION DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET D'AUTRES SYSTÈMES ALGORITHMIQUES EN MATIÈRE DE PRISE DE DECISION ADMINISTRATIVE DANS LES ÉTATS MEMBRES DU CONSEIL DE L'EUROPE

**Préparé par Prof. Dr. Johan Wolswinkel
Tilburg University (Pays-Bas), consultant,
sous la supervision du Comité européen de coopération juridique (CDCJ)**

Édition anglaise :

Comparative study on administrative law and the use of AI and other algorithmic systems in administrative decision-making in the member States of the Council of Europe

Clause de non-responsabilité : Les avis exprimés dans cette étude sont de la responsabilité de l'auteur et ne reflètent pas la politique officielle du Conseil de l'Europe.

La reproduction d'extraits (jusqu'à 500 mots) est autorisée, sauf à des fins commerciales, tant que l'intégrité du texte est préservée, que l'extrait n'est pas utilisé hors contexte, ne donne pas d'informations incomplètes ou n'induit pas le lecteur en erreur quant à la nature, à la portée et au contenu du texte. Le texte source doit toujours être cité comme suit : « © Conseil de l'Europe, 2022 ». Pour toute autre demande relative à la reproduction ou à la traduction de tout ou partie de ce document, veuillez vous adresser à la Direction de la communication, Conseil de l'Europe (F-67075 Strasbourg Cedex), ou à publishing@coe.int.

Toute autre correspondance concernant ce document doit être adressée à la Division de la coopération juridique, Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit, DGI-CDCJ@coe.int.

Le rapport (CDCJ(2022)31) a été examiné et adopté par le CDCJ lors de sa 99e réunion plénière (novembre 2022), à l'occasion de laquelle le comité a donné son accord pour sa publication.

©Shutterstock

© Council of Europe, décembre 2022

Éditions du Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS	5
RESUMÉ	6
1. INTRODUCTION	7
2. DROIT ADMINISTRATIF ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE : UNE BREVE CARACTERISATION.....	8
2.1. Présentation du contexte : définition de l'IA et du droit administratif.....	8
2.2. IA et ADM en droit administratif : points essentiels	10
3. RESULTATS DE L'ENQUETE AUPRES DES ÉTATS MEMBRES.....	17
3.1. Introduction.....	17
3.2. Législation	17
3.3. Administration.....	21
3.4. Judiciary	23
3.5. Conseil de l'Europe.....	26
4. DISCUSSION DES RESULTATS	29
5. CONCLUSIONS	32
ANNEXE I: BIBLIOGRAPHIE.....	34
ANNEXE II: LES PRINCIPES DE DROIT ADMINISTRATIF FIGURANT DANS LE MANUEL <i>L'ADMINISTRATION ET VOUS</i>	36
ANNEXE III : QUESTIONNAIRE DU CDCJ SUR L'UTILISATION DE L'IA DANS LA PRISE DE DECISION ADMINISTRATIVE.....	37
ANNEXE IV : REPONSES AU QUESTIONNAIRE (COMPILATION)	43

ABRÉVIATIONS

ADM :	Prise de décision automatisée - Automated Decision Making
AMA :	Agence de modernisation administrative
APA :	Loi sur la procédure administrative
CAHAI :	Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle
CAI :	Comité sur l'IA
CDCJ :	Comité européen de coopération juridique
CDCJ-BU :	Bureau du Comité européen de coopération juridique
COM :	European Commission
ECHR :	Convention européenne des droits de l'homme
ECLI :	Identifiant européen de la jurisprudence
IA :	Intelligence Artificielle
IEEE :	Institute of Electrical and Electronics Engineers / Institut d'ingénieurs en électricité et électronique
RGPD :	Règlement général sur la protection des données
SyRI :	Système Risico Indicatie
UE :	Union Européenne

RESUMÉ

La présente étude comparative rend compte de la réglementation par le droit administratif de l'utilisation des systèmes d'Intelligence artificielle (IA) et autres systèmes automatisés dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Elle constitue une étude préparatoire à une éventuelle révision du manuel du Conseil de l'Europe « L'Administration et vous » dans le contexte de la prise de décision automatisée (ci-après : « ADM », pour *automated decision-making*) en général et de la prise de décision assistée par intelligence artificielle (IA) en particulier.

Des rapports nationaux ont été reçus de 24 États membres. Le tableau général (mais quelque peu incomplet) qui résulte de la présente étude montre que rares sont les droits administratifs nationaux à traiter spécifiquement de l'utilisation des systèmes ADM en général et des systèmes d'IA en particulier. Cela s'explique dans une certaine mesure par le rôle essentiel que joue le droit en matière de protection des données dans la réglementation des systèmes ADM. Par ailleurs, le droit administratif suppose que toute instance de prise de décision administrative se conforme à certains principes généraux du droit administratif, que des systèmes ADM soient ou non utilisés. Par conséquent, des dispositions législatives spécifiques relatives aux systèmes ADM font généralement défaut. Ceci est encore plus vrai pour l'utilisation de l'IA dans la prise de décision, qui n'a jusqu'à présent guère attiré l'attention réglementaire. Parallèlement, en l'absence de dispositions législatives spécifiques relatives aux systèmes ADM ou à l'IA, les tribunaux administratifs ont recours aux principes généraux du droit administratif pour évaluer l'utilisation de systèmes ADM par les autorités publiques.

L'impact des systèmes d'IA sur les principes du droit administratif dépend des caractéristiques du système d'IA utilisé (par exemple, raisonnement simple ou apprentissage complexe) et de son rôle dans la prise de décision (aide ou facteur déterminant). Néanmoins, chacun des principes abordés dans le manuel « L'Administration et vous » peut et devrait être reconsidéré lors de l'examen des répercussions de l'IA et des systèmes ADM sur la prise de décision administrative. Il est généralement accordé une grande attention aux questions de non-discrimination, non-délégation et transparence, mais des questions sous-jacentes se posent également à l'issue de la prise de décision sur le caractère suffisamment adéquat du renforcement des droits des individus en vue de relever les défis en matière de systèmes d'IA complexes et aux conséquences non négligeables.

1. INTRODUCTION

1. Tout comme son utilisation dans la prise de décision administrative, l'IA évolue rapidement. Les administrations publiques sont de plus en plus nombreuses à découvrir le potentiel des systèmes d'IA pour faciliter les processus de prise de décision et améliorer la pertinence des décisions administratives¹. Parallèlement, l'intérêt croissant porté aux applications d'IA soulève la question, parmi de nombreuses autres questions juridiques, de savoir si les règles et principes existants du droit administratif sont suffisamment robustes, directs et durables pour réglementer efficacement cette nouvelle forme de prise de décision, étant donné les inquiétudes soulevées par les systèmes d'IA en matière de vie privée, de discrimination, de proportionnalité et de garantie de procédures régulières.

2. Dans ce contexte, le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe a commandité une étude comparative sur l'utilisation de l'IA en relation avec le droit administratif. Le rapport qui en est résulté devrait servir d'étude préparatoire à une éventuelle révision du manuel *L'Administration et vous*² à la lumière des nouveaux défis que pose l'IA. Compte tenu de cet objectif sous-jacent, la présente étude vise à faire le point sur le traitement, par les systèmes de droit administratif de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, des défis que constituent l'ADM en général et l'IA en particulier. Si l'on accorde une attention particulière à la réglementation des systèmes ADM en général, considérant ce faisant les systèmes d'IA comme constituant un sous-ensemble de cette dernière, c'est pour la raison que la version actuelle du manuel *L'Administration et vous* ne s'intéresse guère à l'ADM en tant que telle et qu'une révision potentielle de ce document dans le contexte des systèmes de prise de décision fondés sur l'IA ne peut négliger l'existence des systèmes ADM³.

3. Plusieurs définitions clés en matière d'IA, d'ADM et de droit administratif sont données au début du présent rapport comparatif. Elles sont suivies d'un bref tour d'horizon des ouvrages clés de la littérature située à l'intersection des systèmes ADM, de l'IA et du droit administratif (section 2). On ne trouvera pas une discussion approfondie de la littérature portant sur (les questions juridiques de) l'IA dans ce compte-rendu qui présente toutefois quelques-uns des principaux thèmes intéressants les interactions entre droit administratif et IA. Ces thèmes ont constitué les entrées du questionnaire qui a été adressé aux représentants des États membres. Les résultats de l'enquête sont présentés dans la section 3 ; ils font l'objet d'une discussion thématique dans la section 4. Quelques remarques exploratoires concernant une révision potentielle du manuel *L'Administration et vous* viennent conclure la présente étude (section 5).

¹ Pour un panorama général, voir : Council of Europe, Comité ad hoc sur l'intelligence artificielle (CAHAI) : étude de faisabilité, CAHAI (2020) 23, Strasbourg, disponible sur : <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-etude-de-faisabilite-fr-2787-2531-2514-v-1/1680a1160f>, consulté le 7 décembre 2022.

² Conseil de l'Europe (2018), « *L'Administration et vous. Principes de droit administratif concernant les relations entre l'Administration et les personnes* », Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg.

³ Voir également CAHAI (2020) 23, *op. cit.*, p.49-50.

2. DROIT ADMINISTRATIF ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE : UNE BREVE CARACTERISATION

4. Cette section présente un très bref tour d'horizon des ouvrages clés de la littérature située à l'intersection de l'ADM, de l'IA et du droit administratif. Il porte principalement sur les défis qui ont été identifiés dans cette littérature et que doit relever le droit administratif, ainsi que sur les réponses que ce dernier doit apporter aux systèmes ADM en général et à l'IA en particulier. Les thèmes juridiques abordés dans la discussion qui suit sont structurés en fonction des différents principes du droit administratif tels qu'ils sont énoncés dans le manuel L'Administration et vous.

2.1. Présentation du contexte : définition de l'IA et du droit administratif

5. Il n'existe pas dans la littérature de définition unique de l'IA⁴. En effet, les définitions données vont de *conceptions* très étroites de l'IA, la restreignant à des applications avancées telles que l'apprentissage profond, à des conceptions plutôt générales, assimilant l'IA à la simple utilisation de systèmes informatiques. À la suite des travaux du Comité ad hoc sur l'IA (CAHAI) du Conseil de l'Europe, nous adoptons la définition générale suivante de l'IA (IA) entendue comme l'ensemble de diverses applications informatiques fondées sur différentes techniques, qui présentent des capacités communément et actuellement associées à l'intelligence humaine. Ces techniques peuvent se composer de modèles formels (ou systèmes symboliques⁵) ainsi que de modèles fondés sur des données (systèmes fondés sur l'apprentissage ou sur des cas) qui reposent généralement sur des approches statistiques⁶. Une telle définition indique clairement que l'« intelligence » des systèmes informatiques peut revêtir différentes formes (raisonnement, apprentissage, etc.) et présenter différentes intensités, allant d'activités de raisonnement plutôt simples (par exemple, les arbres de décision) à des activités d'apprentissage plus complexes (par exemple, l'apprentissage profond).

6. Une définition uniforme de l'IA faisant défaut dans la littérature, il en résulte que la frontière entre les systèmes d'IA et les autres systèmes algorithmiques n'est pas toujours claire. Dans le présent rapport, la prise de décision au moyen de systèmes d'IA (« systèmes de prise de décision fondés sur l'IA ») est considérée comme un sous-ensemble de l'ADM, entendue ici comme la prise de décision au moyen de systèmes (informatiques) automatisés⁷. Étant donné le degré (considérable) de recoupement qui existe par conséquent entre l'IA et l'ADM, il est important d'envisager l'IA dans ses relations à l'ADM en général. Les règles générales relatives aux systèmes ADM s'appliquent également à l'IA, mais peuvent se révéler inadéquates pour relever les défis spécifiques de (certains) systèmes d'IA. Les répercussions du système automatisé (ou du système d'IA) sur la prise de décision et les interactions entre ordinateur et être humain peuvent différer d'une application à l'autre. À cet égard, une distinction est communément établie entre la prise de décision fondée *exclusivement* sur des systèmes automatisés (applications déterminantes) et la prise de décision fondée *partiellement* sur des systèmes automatisés (applications de soutien)⁸. Bien que cette distinction soit quelque peu artificielle du point de vue de la pratique réelle de la prise de

⁴ Russell S.J., Norvig, (2021), Upper Saddle River: Prentice Hall, p.19-22. Voir aussi CAHAI (2020) 23, *op. cit.*, p.3-4.

⁵ Ces systèmes sont également dits « fondés sur des règles ». Voir Williams R. (2022), Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 42, 2nd numéro, p.470.

⁶ CAHAI (2020) 23, *op. cit.*, p.4. Une approche généraliste similaire des applications de l'IA est adoptée par la Commission européenne (2020) dans sa proposition de législation sur l'IA.

⁷ Dans le présent rapport, les locutions « systèmes automatisés » et « systèmes algorithmiques » sont considérés comme synonymes. Toutefois, le vocabulaire n'est ici pas univoque. Brkan et Bonnet (2020), “Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: Of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas”, *European Journal of Risk Regulation* Volume 11, p. 24, par exemple, considèrent la prise de décision algorithmique comme une notion fondamentale qui englobe à la fois la prise de décision automatisée et la prise de décision autonome (par l'intermédiaire de l'IA).

⁸ Voir Règlement général de l'Union européenne sur la protection des données, article 22. Voir également Coglianese, Lehr (2017), p. 1170, qui distinguent les applications de soutien et les applications déterminantes.

décision, où les systèmes d'assistance peuvent servir d'applications déterminantes en raison du manque d'expertise humaine, des contraintes de temps, etc., cette distinction est utilisée dans la réglementation de l'ADM, par ex. dans le Règlement Général de l'Union Européenne sur la Protection des Données (RGPD).

7. L'utilisation d'une définition générale de l'IA implique qu'il convient de ne pas se focaliser uniquement sur les approches d'apprentissage (apprentissage automatique, apprentissage profond), lesquelles étant habituellement considérées comme les formes les plus complexes et les plus difficiles de l'IA. Au contraire, la définition générale de l'IA couvre également d'autres formes d'« intelligence », y compris des approches moins complexes fondées sur des règles. Parallèlement, la diversité des systèmes d'IA est telle qu'elle implique également qu'une approche uniforme, et convenant à toutes les situations, de ces systèmes pourrait se révéler insuffisante pour réglementer de manière appropriée l'utilisation de ces (différents) systèmes.

8. Le droit administratif est considéré comme l'ensemble des principes et règles qui régissent les relations entre l'Administration et les citoyens⁹. Ces normes peuvent être intégrées à la législation, mais la jurisprudence représente également une source importante du droit administratif. Les principes de bonne administration, habituellement élaborés par la jurisprudence, jouent un rôle distinct dans la protection des citoyens vis-à-vis des pouvoirs publics. Si le droit administratif recouvre en partie d'autres domaines juridiques pertinents, tels que le droit relatif au respect de la vie privée et le droit à la protection des données, il existe des pans du droit administratif dans lesquels ces autres domaines juridiques ne jouent pas de rôle (significatif). Par conséquent, le droit administratif, y compris la jurisprudence (« les règles de droit commun du contrôle judiciaire »), peut (et devrait) jouer un rôle important dans la réglementation des systèmes ADM¹⁰, à la fois lorsqu'il s'applique au-delà du champ d'application du droit à la protection des données et lorsqu'il en comble les lacunes.

9. Lorsque des systèmes d'IA sont mis en œuvre dans le contexte de la prise de décision administrative, l'IA entre dans le domaine du droit administratif. Se pose par conséquent une question centrale, à savoir quelles règles et quels principes du droit administratif sont affectés par l'ADM et l'IA et, inversement, quelles règles et quels principes du droit administratif sont plus particulièrement pertinents en matière de systèmes ADM en général et d'IA en particulier ? Nous identifierons dans la discussion ci-dessous certaines questions clés qui ont été mises en évidence dans la littérature récente et portant sur les interactions entre le DA, les systèmes ADM et l'IA¹¹. Ces questions seront examinées dans l'ordre des différents principes énoncés dans le manuel *L'Administration et vous*. Cette classification n'est toutefois pas gravée dans le marbre : rien n'empêche d'aborder également certaines questions relatives aux systèmes ADM et à l'IA au titre d'autres principes, même de principes n'étant pas explicitement mentionnés dans la section 2.2¹².

⁹ Voir également *L'administration et vous*, *op. cit.*, p. 7 : « Le droit administratif réglemente l'exercice par l'Administration de pouvoirs et en permet le contrôle ».

¹⁰ Deeks A. (2019), "The judicial demand for explainable artificial intelligence", *Columbia Law Review* Vol. 119, No. 7, *Columbia Law Review*, p. 1831; Williams, *op. cit.*, p. 479.

¹¹ Voir Annexe I pour la littérature analysée dans ce chapitre.

¹² Pour une liste complète des principes généraux de bonne administration dans le *Manuel*, voir Annexe II.

2.2. IA et ADM en droit administratif : points essentiels

Principe 1 : Légalité et conformité à l'objet et au but de la loi

« L'Administration agit dans le respect de la légalité et conformément aux règles de compétence qui lui sont imposées. Elle ne prend aucune mesure arbitraire. »

10. Un premier point important discuté dans la littérature est de savoir si l'utilisation d'une forme particulière de systèmes ADM est en soi licite¹³. À l'exception de certaines situations spécifiées dans le RGPD (voir ci-dessous, principe 7), l'utilisation de systèmes ADM n'est souvent pas explicitement exclue. Ce silence est susceptible d'être considéré comme un consentement implicite du législateur à l'utilisation de systèmes automatisés dans le cadre de la prise de décision administrative, bien que le rôle des systèmes automatisés (aide ou facteur déterminant) puisse également être pertinent ici. En ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel, le GDPR exige une base juridique pour certains cas de traitement des données par les autorités publiques (par exemple, lorsque le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis). En l'absence d'une telle base juridique, l'utilisation de l'ADM est illégale.

11. Un deuxième point soulevé dans la littérature est de déterminer dans quelle mesure l'utilisation de systèmes ADM est assimilable à une délégation *de facto* de compétences attribuées, enfreignant par conséquent les interdictions juridiques de délégation des pouvoirs exécutifs. Certains auteurs font valoir que le recours *intégral* à des systèmes ADM se révélerait ici problématique, car l'autorité publique à laquelle le pouvoir administratif a été conféré à l'origine ne pourrait plus exercer aucune supervision effective¹⁴. Par conséquent, il a été avancé que l'utilisation de l'ADM n'est légale que lorsque les fonctionnaires peuvent démontrer qu'ils ont exercé un contrôle significatif de la décision plutôt qu'un simple geste symbolique, qu'ils ont l'autorité et la compétence pour modifier la décision et qu'ils ont examiné toutes les données pertinentes. Cependant, le "biais d'automatisation" est une préoccupation majeure dans ce domaine : les gens ont tendance à faire confiance aux décisions prises par les machines, sont plus susceptibles de s'en remettre aux machines et sont moins susceptibles d'exercer un contrôle sérieux des décisions prises par les machines que si la décision était prise par un humain. Par conséquent, des garanties juridiques supplémentaires pourraient être nécessaires pour permettre aux décideurs de démontrer qu'ils n'ont pas simplement donné effet à la décision d'un système automatisé sans le niveau approprié d'intervention humaine.¹⁵

12. Lorsque le développement de systèmes ADM a été confié à des parties privées, une troisième question connexe dans le contexte de la délégation de pouvoirs publics est de savoir si les autorités publiques utilisent toujours elles-mêmes leurs pouvoirs de décision. À cet égard, il est avancé que les organismes publics restent généralement responsables et redevables de la qualité des décisions prises sur la base de systèmes SMA sous-traités. Là encore, un biais d'automatisation peut se produire lorsque les agents publics sont incapables ou incompétents pour vérifier l'exactitude du système ADM.¹⁶

13. Un quatrième problème est lié à la doctrine dite « sans entrave » : lorsque des pouvoirs discrétionnaires sont conférés aux Administrations publiques, l'adoption et l'utilisation de systèmes

¹³ Voir Williams, *op. cit.*, p. 473.

¹⁴ Coglianese, Lehr (2017), "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era", *The Georgetown Law Journal* 105(5), p. 1177-1184; Cobbe J. (2019), *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*, *Legal Studies*. Vol. 39, p. 645-646; Williams, *op. cit.*, p. 488-490.

¹⁵ Cobbe, *op. cit.*, p. 646

¹⁶ *Ibid*, p. 649

ADM peuvent aboutir à entraver entièrement l'exercice d'une liberté d'appréciation¹⁷ En particulier, les systèmes d'apprentissage automatique (en tant que sous-ensemble des systèmes d'IA) peuvent se révéler inappropriés à la prise de décision dans les circonstances où il est nécessaire que les pouvoirs discrétionnaires soient exercés au cas par cas, ou dans d'autres situations où la politique est applicable de manière générale, mais où des exceptions doivent être autorisées. Toutefois, la même littérature souligne que le point de vue du droit administratif sur les politiques évolue progressivement et qu'il accepte de plus en plus fréquemment que des règles politiques appliquées avec constance (avec d'éventuelles exceptions appropriées pour tenir compte de cas inhabituels) peuvent présenter des avantages sur le plan de la bonne gouvernance, de la cohérence et de la prévisibilité¹⁸. Sous cet aspect, les systèmes ADM peuvent être essentiels à l'amélioration de la cohérence de la prise de décision administrative, bien que privilégier exclusivement la cohérence est également susceptible d'avoir des effets négatifs sur les décisions adoptées en fonction de cas particuliers, passant de l'État de droit à « l'État par la loi ».

14. Le cinquième et dernier point concerne l'utilisation des systèmes ADM à des fins dites « indues ». Dans ce cas, le principe de limitation de la finalité, qui trouve sa source dans la législation relative à la protection des données (voir principe 7), est également susceptible de se révéler pertinent pour déterminer si une administration publique a traité des données uniquement au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou pour d'autres finalités incompatibles.¹⁹

Principe 2 : Égalité de traitement / non-discrimination

« L'Administration traite de la même manière les personnes qui se trouvent dans une même situation. Toute différence de traitement est objectivement justifiée. »

15. Le risque de *parti pris* et de discrimination est un sujet souvent abordé dans le contexte des systèmes ADM.²⁰ C'est un risque tout particulièrement, mais pas exclusivement, présent dans le cas des systèmes d'apprentissage automatique, où le poids relatif des différents facteurs utilisés dans l'algorithme est susceptible de ne pas être spécifié à l'avance et où les données d'entrée de l'algorithme peuvent être biaisées. L'algorithme détermine ensuite quels sont les facteurs importants sur la base desquels établir des distinctions, mais ces facteurs peuvent être juridiquement non pertinents (voire interdits) ou inconnus. C'est une conséquence du phénomène de « boîte noire » intervenant dans les applications d'apprentissage automatique, la complexité de ces systèmes pouvant être telles qu'ils excèdent toute possibilité de compréhension complète de leur fonctionnement interne par un humain²¹. En ce qui concerne ce principe, Cobbe établit une distinction entre les différences au niveau du groupe et le comportement au niveau de la personne : là où des applications d'apprentissage automatique classent les personnes en groupes possédant des caractéristiques communes, il convient que la prise de décision administrative tienne compte des particularités des individus²².

¹⁷ *Ibid*, p. 646-647; et Williams, *op. cit.*, p. 488-492.

¹⁸ Cobbe, *op. cit.*, p. 646-647

¹⁹ *Ibid*, p. 647.

²⁰ *Ibid*, p. 652-654; Williams (2021) 18.

²¹ Burrell J. (2019), How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms", *Big Data & Society* Vol. 3 (1), p. 2.

²² Cobbe J, *op. cit.*, p. 653. Pour un exposé plus détaillé de la non-discrimination et de l'apprentissage automatique, voir Coglianesi, Lehr (2017), *op. cit.*, p. 1191-1205.

Principe 3 : Objectivité et impartialité

“L’Administration exerce ses pouvoirs en tenant compte exclusivement des éléments pertinents. Elle ne prend pas, ni ne donne l’impression de prendre parti au profit ou au détriment de certaines personnes.”

16. Il est essentiel que les systèmes ADM fonctionnent avec précision. Hormis le risque de *parti pris* interne au système ADM (déjà abordé au titre principe 2), il est nécessaire que l’algorithme soit autant que possible exempt d’*erreurs*, de même que les données d’entrée de l’algorithme. L’attention est par conséquent souvent attirée sur la qualité des données d’apprentissage et des données test, également d’un point de vue juridique²³.

17. En matière de droit administratif et de systèmes ADM, la littérature anglaise met également l’accent sur la doctrine des considérations pertinentes et non pertinentes : seules les considérations pertinentes devraient être prises en compte. Étant donné que le droit administratif s’intéresse aux situations dans lesquelles une administration publique a agi sur la base de considérations non pertinentes, ou a omis de prendre en compte des considérations pertinentes, agissant ainsi au-delà de ses compétences (*ultra vires* – excès de pouvoir), cette doctrine pourrait avoir des conséquences sur l’évaluation des données d’entrée utilisées dans les systèmes d’IA, car la corrélation entre les données d’entrée et les données de sortie n’implique pas nécessairement la preuve d’un lien de causalité²⁴.

Principe 4 : Proportionnalité

« Les mesures prises par l’Administration dans l’exercice de ses pouvoirs ne sont pas excessives en ce qui concerne leur impact sur les droits ou intérêts des personnes et ne sont imposées que si elles sont nécessaires et aptes à atteindre le but poursuivi. »

18. En ce qui concerne la proportionnalité, la question est de savoir si l’utilisation d’un système ADM en général et d’un système d’IA en particulier est proportionnée. Plus particulièrement en ce qui concerne la nécessité, le point clé est ici, selon l’expression de Williams, de savoir si le recours à un système ADM ne revient pas à « écraser une mouche avec un marteau-pilon ». Le principe de proportionnalité peut également se révéler pertinent lors de l’examen de la nécessité d’une forme particulière de système ADM, par exemple lorsqu’il s’agit de déterminer si une certaine forme de prise de décision augmentée (où les systèmes ADM sont simplement utilisés en soutien) est préférable à un système ADM *intégral*, c’est-à-dire sans aucune intervention humaine. Pour ce qui est du contrôle du juste équilibre inhérent au principe de proportionnalité, il convient de mettre en balance les effets positifs d’un système ADM avec ses répercussions et inconvénients potentiels, tels le manque de transparence ou ses conséquences préjudiciables sur des groupes minoritaires de personnes²⁵.

Principe 6 : Transparence

« L’Administration permet à toute personne d’avoir accès aux documents publics qu’elle détient. Aucune distinction entre les personnes n’est appliquée pour accorder cet accès. L’Administration

²³ Cobbe J., *op. cit.* p. 650-651.

²⁴ Oswald M.(2018), “Algorithm-Assisted Decision-Making in the Public Sector: Framing the Issues Using Administrative Law Rules Governing Discretionary Power”, *Philosophical Transactions: of the Royal Society Mathematical, Physical and Engineering Sciences* Vol. 376, No. 2128, p. 10-14.

²⁵ Williams, *op. cit.*, p. 492-493.

est aussi tenue de fournir des informations sur ses activités et ses actes, notamment en assurant la publication des documents publics. »

19. Dans le contexte des systèmes ADM, le droit administratif en matière d'exigence de transparence et de motivation est des plus pertinents²⁶. De façon générale, l'exigence de transparence s'applique à la fois aux données et à l'algorithme²⁷. Williams identifie ici deux thèmes distincts : d'une part, l'obligation de motivation de la décision (le cas échéant) ; d'autre part, le droit du demandeur d'avoir connaissance de la procédure engagée contre lui aux fins d'une audience équitable (voir également le principe 10)²⁸. Pour ce qui est de l'obligation de motivation²⁹, les débats en matière d'IA explicable (XAI, pour *eXplainable Artificial Intelligence*) portent souvent principalement sur la distinction entre transparence technique, c'est-à-dire la divulgation du code source de l'algorithme, et explicabilité³⁰ ou encore la justification de la décision (expliquer pourquoi la décision est bonne)³¹, d'autre part. S'agissant de l'explicabilité de la décision, on distingue en outre l'explication du modèle et l'explication des décisions individuelles³². La possibilité d'assurer la transparence du modèle en tant que tel dépend dans une grande mesure du système d'IA utilisé : si le modèle sous-jacent de systèmes traditionnels fondés sur des règles peut être divulgué assez facilement, il peut se révéler plus difficile d'expliquer les mécanismes internes des modèles d'apprentissage automatique³³.

20. Outre les exigences de transparence à l'égard des personnes directement concernées par la prise de décision, se pose la question de savoir s'il convient d'autoriser l'accès au code du logiciel sur la base de la législation relative à la transparence gouvernementale (par exemple, les lois sur la liberté de l'information). Une difficulté supplémentaire tient au fait que certains systèmes ADM ont été élaborés par des entreprises privées qui, faisant état de leurs droits de propriété intellectuelle, peuvent s'opposer à la publication du code du logiciel³⁴.

Principe 7 : Respect de la vie privée et protection des données à caractère personnel

« Dans le traitement des données à caractère personnel qu'elle détient sous format numérique ou tout autre format, l'Administration prend toutes les mesures nécessaires pour préserver la vie privée des personnes et leur droit à la protection des données à caractère personnel. »

21. Le droit en matière de protection des données est souvent considéré comme le point de départ juridique d'une analyse de la réglementation des systèmes ADM³⁵. La littérature européenne accorde généralement une grande attention au Règlement général sur le RGPD) de l'Union européenne³⁶. Deux caractéristiques importantes de ce texte législatif sont pertinentes en matière

²⁶ Pour plus de détails : Coglianese et Lehr (2017), *op. cit.*, p. 1207-1213 et Coglianese et Lehr (2019).

²⁷ Finck M. (2020), "Automated Decision-Making and Administrative Law", in Cane p., Hofmann H., Ip E., and Lindseth P. (eds) (2020), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, p. 657-676.

²⁸ Williams, *op. cit.*, p. 481-482.

²⁹ Oswald, *op. cit.*, p. 4-10.

³⁰ Coglianese et Lehr (2019), *op. cit.*, p. 19.

³¹ Miller T. (2019), "Explanation in artificial intelligence: Insights from the social sciences", *Artificial Intelligence* volume 267, p. 8.

³² Into more detail: Edwards L. et Veale M. (2017), "Slave to the Algorithm? Why a "Right to Explanation" is Probably Not the Remedy You are Looking For", *Duke Law & Technology Review* Vol. 16, p. 55-59.

³³ Pour plus de détails : Burrell J. *op. cit.*, p. 2; Brkan M. et Bonnet, G. *op. cit.*, p. 35.

³⁴ Burrell J., *op. cit.*, p. 2; Coglianese et Lehr, *op. cit.*, p. 32-36.

³⁵ Voir par exemple Edwards, Veale (2017), *op. cit.*, p. 44 ; Brkan, Bonnet, *op. cit.*, p. 19 ; Williams, *op. cit.*, p. 473.

³⁶ 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). Pour une analyse du RGPD dans le contexte des systèmes ADM, voir Brkan (2019) "Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond", *International Journal of Law and Information Technology* Vol. 27, Issue 2, et Malgieri (2019), "Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in

de systèmes ADM (et par conséquent pour l'IA en tant que sous-ensemble de ces systèmes). Tout d'abord, il interdit certaines applications des systèmes ADM : la personne concernée 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 similaire³⁷. Ensuite, la personne concernée a le droit d'accéder aux informations concernant l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage et, au moins dans ces cas, aux *informations utiles* concernant la logique sous-jacente ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée³⁸. Sa portée étant limitée au traitement des données personnelles, le RGPD ne couvre pas tous les cas d'utilisation de systèmes ADM par l'Administration³⁹.

22. Le principe 7 est le seul du manuel à faire déjà référence à l'ADM, car il mentionne explicitement la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ainsi que le Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Le protocole établit expressément le droit de toute personne : (1) de ne pas être soumise à une décision l'affectant de manière significative qui serait prise uniquement sur le fondement d'un traitement automatisé de données, sans que son point de vue soit pris en compte ; (2) le droit d'obtenir connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement des données, lorsque les résultats de ce traitement lui sont appliqués ; (3) le droit de s'opposer à tout moment, pour des motifs tenant à sa situation, au traitement de ses données à caractère personnel, à moins que le responsable du traitement ne démontre des motifs légitimes justifiant le traitement qui prévalent sur ses intérêts ou ses droits et libertés fondamentales.

Principe 10 : Droit d'être entendu

« Avant que l'Administration ne prenne un acte administratif qui concerne les droits ou intérêts d'une personne, cette dernière a la possibilité de faire valoir ses observations et de présenter des informations et des arguments auprès de l'Administration. »

23. La transparence (principe 6) se rapporte également au droit d'être entendu : aux fins d'une audience équitable, tout citoyen a le droit d'être informé de la procédure engagée à son encontre. Dans la mesure où les systèmes d'IA sont utilisés simplement pour établir des déductions qui ne constituent qu'un des éléments contribuant à l'élaboration d'un jugement indépendant rendu par des fonctionnaires humains, le droit d'être entendu peut-être assez facilement intégré dans la prise de décision (bien que des garanties soient nécessaires pour que le fonctionnaire soit effectivement « inclus dans la boucle » de ladite prise de décision). Les systèmes ADM intégraux soulèvent des préoccupations plus nombreuses, car ils semblent priver les personnes de leur droit d'être entendues. Néanmoins, la question se pose de savoir si la précision des systèmes ADM pourrait l'emporter sur la nécessité d'une audience avant la décision⁴⁰.

the national legislations", *Computer Law & Security Review* Volume 35, comparaison de la législation des États membres de l'UE dans le contexte du RGPD.

³⁷ RGPD, article 22.

³⁸ RGPD, articles 13, 14 et 15.

³⁹ Cobbe, *op. cit.*, p. 640. De plus, certains traitements de données personnelles sont exclus du champ d'application du RGPD en raison de l'existence d'une législation européenne plus spécifique, telle que la directive relative à l'application de la loi (directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil).

⁴⁰ Coglianesse, Lehr (2017), *op. cit.*, p. 1184-1186.

Principe 11 : Représentation et assistance

« Si l'Administration compte rejeter, en tout ou en partie, la demande d'une personne ou considère que cette demande sera probablement rejetée, elle donne à cette personne la possibilité de se faire représenter ou assister pour présenter ses observations, notamment lorsqu'un acte administratif est susceptible de produire des effets directs et défavorables sur ses droits ou intérêts. »

24. Étant donné la complexité (perçue) des systèmes ADM, la question de la garantie de l'égalité des armes entre l'Administration et les citoyens est souvent posée, car rares sont les personnes à posséder les aptitudes mathématiques et analytiques nécessaires pour procéder sans assistance à l'examen approfondi d'un système ADM. Par conséquent, il a été suggéré que l'utilisation de systèmes ADM pourrait rendre nécessaire la mise en place d'un organisme neutre et indépendant composé de spécialistes des statistiques afin d'en assurer la surveillance et l'examen, ou l'établissement préalable d'un dispositif réglementaire reposant sur des informations fiables apportées par un comité consultatif d'experts ou soumis à un processus d'examen par les pairs⁴¹. Du point de vue de l'égalité des armes, on peut également se demander si la transparence constitue véritablement la solution pour harmoniser les règles du jeu (« sophisme de la transparence ») ou si d'autres mécanismes de responsabilisation ne seraient pas tout aussi importants et doivent donc être renforcées⁴².

Principe 19 : Droit de recours

« Toute personne a le droit d'obtenir le contrôle judiciaire du bien-fondé et de la légalité de tout acte administratif litigieux qui affecte directement ses droits ou intérêts. »

25. L'intensité du contrôle exercé par les juridictions administratives est un point spécifiquement abordé dans le contexte du contrôle juridictionnel. Si le respect dû aux décisions de l'Administration peut être considéré comme étant la norme traditionnelle en matière de contrôle juridictionnel, le risque existe qu'en raison d'un manque de compétences techniques, les tribunaux s'en remettent davantage encore aux autorités administratives lorsque des systèmes ADM complexes sont utilisés par les pouvoirs publics⁴³. Parallèlement, il a été soutenu que le droit administratif devrait s'éloigner des présupposés traditionnels en matière de respect dû aux décisions de l'Administration, pour se rapprocher de formes plus solides de l'obligation de rendre compte, sur le plan de la transparence et de la communication, des doctrines de pertinence et de contrôle de fond, en particulier en ce qui concerne les systèmes ADM⁴⁴. La transparence (principe 6) est également pertinente ici, car les tribunaux doivent être en mesure d'examiner les systèmes SMA et la décision prise sur la base de ceux-ci. Il a été souligné que la distinction entre le contrôle de la politique générale et le contrôle des décisions individuelles s'estompe dans le contexte des SMA : afin d'évaluer correctement les décisions individuelles prises à l'aide des SMA, il peut être nécessaire d'évaluer également certains des processus et choix plus larges qui sous-tendent les SMA. Cependant, malgré cette nécessité, le système de contrôle judiciaire est souvent conçu pour le contrôle des décisions individuelles.⁴⁵

Observation finale

26. Même si cette vue d'ensemble n'a pas pour vocation d'être exhaustive, il en découle clairement que différents principes du droit administratif sont concernés par l'utilisation des systèmes ADM en général et des systèmes d'IA en particulier. Avant de pouvoir formuler des lignes directrices

⁴¹ Coglianese, Lehr (2017), *op. cit.*, p. 1189-1191.

⁴² Edwards, Veale (2018), *op. cit.*, p. 46-54.

⁴³ Coglianese, Lehr (2017), *op. cit.*, p. 1207-1209.

⁴⁴ Williams, *op. cit.*, p. 488.

⁴⁵ Cobbe, *op. cit.*, p. 6.

concrètes dans le contexte des systèmes ADM et de l'IA, il est nécessaire de contextualiser l'ensemble de ces principes. Pour ce faire, il importe de ne pas perdre de vue que les répercussions des systèmes ADM sur les principes du droit administratif dépendent en partie du système utilisé. Par exemple, en matière de transparence, l'application de systèmes d'apprentissage automatique (complexes) peut soulever des préoccupations plus importantes comparée aux systèmes fondés sur des règles. Ainsi, les différences entre les systèmes d'IA - à côté des objectifs pour lesquels les systèmes ADM sont utilisés et de leur impact sur les droits fondamentaux - devraient être prises en compte lors de la réglementation des systèmes d'IA du point de vue du droit administratif.

3. RESULTATS DE L'ENQUETE AUPRES DES ÉTATS MEMBRES

3.1. Introduction

27. Sur la base des résultats de l'analyse documentaire succincte présentée dans la section 2, un questionnaire a été rédigé portant sur la réglementation des systèmes ADM en général et des systèmes d'IA en particulier au sein des États membres du Conseil de l'Europe. Son objectif est d'identifier les difficultés que pourrait potentiellement rencontrer le droit administratif dans la réglementation de l'utilisation des systèmes ADM et d'IA. L'élaboration du droit administratif étant le résultat d'un effort commun des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, le questionnaire a abordé les différents thèmes selon le point de vue de ces trois acteurs. Enfin, eu égard au rôle particulier du Conseil de l'Europe et de ses instruments dans la présente étude, une attention particulière a été accordée aux répercussions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et d'autres documents du Conseil de l'Europe en matière de réglementation de la prise de décision automatisée.

28. À l'occasion de la réunion du CDCJ en date du 1er décembre 2021, un projet de questionnaire a été débattu puis finalisé sur la base des contributions recueillies lors de cette discussion. Le 22 décembre 2021, le questionnaire « Utilisation des systèmes d'IA (IA) dans la prise de décision administrative⁴⁶ » a été adressé par le CDCJ à ses États membres. Les réponses ont été fournies par des représentants des ministères de la justice nationaux ou des offices analogues. Toutes les réponses soumises avant la fin du mois de février 2022 ont été prises en compte dans le cadre de la présente étude comparative. À cette date, 24 réponses au total ont été recueillies (soit environ la moitié des 46 États membres)⁴⁷.

29. On trouvera ci-après une vue d'ensemble des réponses recueillies pour chaque question. Elle ne comporte pas de compte-rendu complet de l'ensemble des réponses apportées au questionnaire, mais illustre par des exemples concrets quelques observations générales. On trouvera dans l'Annexe IV, sous forme de tableau, une compilation des réponses proposées aux questions de la présente section.

3.2. Législation

- 1) *Une législation nationale relative à l'utilisation de systèmes ADM dans les procédures de prise de décision administrative a-t-elle été adoptée ?*

30. Plusieurs États membres ont adopté une législation nationale sur l'utilisation des ADM dans les procédures administratives de prise de décision (9 sur 24), mais la majorité des États membres ayant répondu n'ont pas encore adopté une telle législation.

31. Parmi les États membres ayant adopté une législation relative aux systèmes ADM, ceux qui sont également membres de l'UE ont instauré une législation nationale en la matière pour se conformer au RGPD (Suède, Portugal). L'article 22(1) du RGPD dispose que la personne concernée 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. L'article 22(2) prévoit des exceptions à cette interdiction de prise de décision entièrement automatisée, notamment lorsque la décision est autorisée par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée. Le

⁴⁶ Voir Annexe III

⁴⁷ Des réponses ont été reçues des États membres énumérés à l'Annexe IV.

RGPD prévoit par conséquent que des États membres autorisent certaines applications de prise de décision entièrement automatisée. D'autres États membres du Conseil de l'Europe, mais qui ne sont pas membres de l'UE (par exemple, la Norvège et la Suisse) ont adopté une législation similaire.

32. Dans certains États membres du Conseil de l'Europe (Norvège, Espagne), la réglementation des systèmes ADM se fait dans le cadre de législations sectorielles spécifiques, en partie pour se conformer aux prescriptions du RGPD ou à une autre réglementation sur les données personnelles (Suisse). C'est le cas par exemple en Norvège dans les domaines de la fiscalité (article 5-11 de la loi sur l'administration fiscale) et de l'administration du travail et de la protection sociale (article 4a de la loi norvégienne sur l'administration du travail et de la protection sociale).

33. D'autres États membres ont adopté une législation sur les systèmes ADM qui n'est pas explicitement liée au règlement sur les données à caractère personnel de l'UE. La loi suédoise sur la procédure administrative offre un exemple intéressant d'autorisation explicite des systèmes ADM par la législation (APA)⁴⁸. Son article 28 dispose qu'une décision peut être prise par un seul agent, ou par plusieurs conjointement, ou bien automatiquement. Cette loi sur la procédure administrative ne prévoit pas de garanties spécifiques adaptées à la prise de décision automatisée, mais toute décision, qu'elle soit prise par un être humain ou par un ordinateur, doit se conformer à ses dispositions en matière de prise de décision. La loi allemande *Verwaltungsverfahrensgesetz* offre un autre exemple de législation sur les systèmes ADM dans le droit administratif. Son article 35a dispose qu'une décision administrative peut être prise entièrement par des moyens automatiques lorsque la loi l'autorise et en l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

34. En France, la loi pour une République numérique a été adoptée en 2016⁴⁹. Au titre de ce texte législatif, le code des relations entre le public et l'administration prévoit des règles de communication d'informations dans les cas où une décision individuelle est prise par l'administration sur la base d'un traitement algorithmique :

Article L. 311-3-1

« Sous réserve de l'application du 2° de l'article L. 311-5⁵⁰, une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique comporte une mention explicite en informant l'intéressé. Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande. »

35. Deux dispositions concrétisent cette obligation de communication d'informations :

Article R. 311-3-1

« La mention explicite prévue à l'article L. 311-3-1 indique la finalité poursuivie par le traitement algorithmique. Elle rappelle le droit, garanti par cet article, d'obtenir la communication des règles définissant ce traitement et des principales caractéristiques de sa mise en œuvre, ainsi que les modalités d'exercice de ce droit à communication et de saisine, le cas échéant, de la commission d'accès aux documents administratifs, définies par le présent livre. »

⁴⁸ The Administrative Procedure Act (2017:900), disponible sur : <https://www.government.se/49855a/contentassets/3c56d854a4034fae9160e12738429fb8/the-administrative-procedure-act-2017900>, consulté le 7 décembre 2022.

⁴⁹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁵⁰ Cette disposition légale mentionne des motifs légitimes de non-communication de certains documents administratifs.

Article R. 311-3-2

« L'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes :

1° Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision ;

2° Les données traitées et leurs sources ;

3° Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ;

4° Les opérations effectuées par le traitement. »

36. Un autre exemple intéressant est apporté par la Charte portugaise des droits de l'homme à l'ère du numérique⁵¹. Sans se limiter aux systèmes ADM, ce texte législatif adopté relativement récemment en 2021, prévoit une grande diversité de dispositions juridiques en matière d'administration numérique. L'article 9 en offre un exemple particulier :

Utilisation de l'IA et des robots

« 1. L'utilisation de l'IA doit être régie par la prééminence des droits fondamentaux, en assurant un juste équilibre entre les principes d'explicabilité, de sécurité, de transparence et de responsabilité, qui tient compte des circonstances spécifiques de chaque cas et instaure des méthodes visant à éviter tout préjudice et toute forme de discrimination.

2. Les décisions ayant un impact significatif sur les destinataires et qui sont prises en ayant recours à des algorithmes doivent être communiquées aux parties intéressées et susceptibles de faire l'objet d'un recours et d'un audit, conformément à la loi.

3. Les principes de bienfaisance, de non-malfaisance, de respect de l'autonomie des personnes humaines et de justice, ainsi que les principes et valeurs consacrés par l'article 2 du traité sur l'Union européenne, à savoir la non-discrimination et la tolérance. »

37. Outre cette charte, la Constitution portugaise elle-même est également attentive à certains aspects des systèmes ADM. Selon son article 35(2) relatif à l'utilisation de données informatiques, la loi détermine quelles sont les données à caractère personnel ainsi que les conditions applicables à leur traitement, liaison, transmission et utilisation automatisés, et garantit leur protection au moyen d'un organe administratif indépendant.

2. Dans l'affirmative, cette législation établit-elle une distinction entre, d'une part, les applications d'IA et, d'autre part, les autres formes d'assistance algorithmique dans le cadre de la prise de décision administrative ?

38. La législation consacrée aux applications de l'IA fait généralement défaut. On trouvera cependant une intéressante exception à cette norme dans la Charte portugaise des droits de l'homme à l'ère numérique (voir question 1) qui mentionne explicitement des applications de l'IA, déclarant que le recours à l'IA doit être guidé par le respect des droits fondamentaux, pour assurer un juste équilibre entre les principes d'explicabilité, de sécurité, de transparence et de responsabilité. Toutefois, la charte ne définit pas les contours exacts du concept d'IA. Par conséquent, une incertitude subsiste sur l'étendue de la nécessité de distinguer l'IA d'autres formes de systèmes ADM.

⁵¹ Voir Loi n° 27/2021 du 17 mai 2021, portant approbation de la Charte portugaise des droits de l'homme à l'ère numérique.

3. La législation interdit-elle explicitement l'utilisation de certaines applications ADM (y compris l'IA) par les pouvoirs publics ?

39. À titre de remarque préliminaire, il convient de souligner que l'article 22 du GDPR - en règle générale - exclut totalement les ADM lorsque la décision affecte le statut juridique d'une personne ou l'affecte de manière significative de façon similaire. Le RGPD ayant un effet direct sur l'ordre juridique interne des États membres de l'Union européenne, cette disposition ne nécessite aucune application dans les législations nationales. Mais l'article 22(2) du RGPD ouvre la porte aux exceptions (nationales) à ce principe. Par conséquent, au lieu d'interdire l'utilisation de systèmes ADM, certaines législations prévoient explicitement les cas dans lesquels une prise de décision entièrement automatisée peut s'appliquer (Lettonie).

40. En outre, certaines législations interdisent explicitement le recours à un système ADM dans les cas où les autorités administratives disposent d'un pouvoir discrétionnaire (Norvège, Allemagne). Le champ d'application de ce type de dispositions n'est pas limité à l'utilisation de données à caractère personnel.

41. Le droit français prévoit une exception supplémentaire en matière de décision de justice, excluant l'ADM en toutes circonstances.

« *Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne* »⁵².

42. Cette même législation prévoit des exceptions à l'interdiction de la prise de décision entièrement automatisée, à condition que cette décision satisfasse aux exigences du Code des relations entre le public et l'administration précité, et que le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer à la personne concernée, en détails et sous une forme intelligible, la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Cette loi crée par conséquent une exception générale permettant une prise de décision entièrement automatisée. Parallèlement, elle dispose également qu'aucune décision par laquelle l'Administration statue en matière de recours administratif ne peut être prise sur la seule base d'un traitement automatisé de données à caractère personnel. Par conséquent, en matière de recours administratif, les décisions peuvent être fondées sur une ADM, pour autant qu'elles ne reposent pas *exclusivement* sur un système ADM.

4. Pour autant que les autorités administratives sont autorisées à utiliser des systèmes ADM, quels sont les sujets régis par la législation en matière de prise de décision algorithmique par les autorités administratives ?

43. Plusieurs États membres soulignent que l'Administration doit répondre aux exigences des principes généraux et règles du droit administratif, tels que fixés sous quelque forme de loi sur l'administration publique (Danemark, Suède). En raison du fait que cette législation générale est neutre sur le plan technologique, le caractère de la décision fondée ou non sur un système ADM n'a pas à être pris en considération.

44. Le champ d'application et le contenu de la législation adaptée aux systèmes ADM varient selon les États membres. L'*intervention humaine*, offrant des garanties contre une prise de décision *entièrement* automatisée, est un sujet récurrent. Un exemple en est la loi allemande

⁵² Article 47 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui constitue la législation française en matière de protection des données.

Verwaltungsverfahrensgesetz qui vise à préserver le pouvoir discrétionnaire conféré à l'Administration.

45. La transparence des systèmes ADM (au sens large) est un autre sujet récurrent. Elle peut être envisagée en étroite liaison avec d'autres thèmes, tels que la non-discrimination et l'examen de la qualité du processus décisionnel en général (Norvège). Les déclinaisons du thème de la transparence vont du droit d'être informé de l'existence d'un système ADM aux exigences en matière d'explicabilité et, dans certains cas, à l'accès au code du logiciel (Lituanie). En France, le Code des relations entre le public et l'administration indique clairement que le code source est également un document administratif, dont le citoyen peut demander communication. Ces exigences nationales en matière de transparence sont susceptibles de coïncider avec celles du RGPD, car une part importante de la législation s'inscrit dans le contexte de la protection des données à caractère personnel et de la mise en œuvre de la législation européenne.

5. Une législation interne visant à réglementer l'utilisation de systèmes ADM et/ou de l'IA par les autorités administratives est-elle en cours de préparation ?

46. Plusieurs États membres ont signalé l'absence de législation relative aux systèmes ADM (ou à l'IA), mais d'autres États membres ont entrepris d'élaborer une législation portant sur ce thème (Estonie, Lettonie). L'Espagne prépare une législation portant sur la mise en place d'une Agence de l'IA.

47. Certains États membres soulignent que les évolutions législatives au niveau national sont étroitement liées aux avancées législatives au niveau de l'UE, et mentionnent explicitement la proposition de la Commission européenne concernant une législation sur l'IA⁵³ (Lettonie).

3.3. Administration

6. Quelles sont les applications d'IA connues de vos autorités administratives nationales ?

48. Dans les États membres, plusieurs exemples d'applications d'IA sont mentionnés, notamment dans les domaines de la police, de la fiscalité, de la circulation automobile (reconnaissance automatique des plaques d'immatriculation) et du contrôle des frontières (reconnaissance faciale). En Allemagne, les applications d'IA sont principalement utilisées à des fins de communication (par exemple, boîtes de conversation, *chat boxes*). La Pologne fournit un exemple de système ADM en matière de visa, où seules les décisions *positives* sont prises de manière entièrement automatisée.

49. Outre les différentes applications connues dans les États membres, il existe également des différences sur le plan de la communication des États membres à propos des applications d'IA. L'Estonie, par exemple, a mis en ligne un site web généraliste informant le public sur différentes applications d'IA⁵⁴. Dans d'autres États membres, une vue d'ensemble de l'utilisation de l'IA dans la pratique administrative fait défaut.

7. Les autorités administratives ont-elles adopté des politiques auto-contraignantes encadrant l'utilisation des systèmes ADM ?

50. La majorité des États membres ayant répondu au questionnaire ne fait pas état de politiques auto-contraignantes adoptées par les autorités administratives. Certains États membres ont entériné

⁵³ Voir : Commission européenne, "Proposition de règlement établissant des règles harmonisées en matière d'intelligence artificielle" (Législation sur l'Intelligence Artificielle), COM(2021) 206 final.

⁵⁴ Voir : Artificial Intelligence Strategy for Estonia, disponible sur : <https://en.kratid.ee/>, consulté le 7 décembre 2022.

quelque forme de stratégie nationale en matière d'IA (Türkiye, Ukraine, Macédoine du Nord), mais ces stratégies ne sont généralement pas assimilables à des politiques auto-contraignantes. D'autres États membres signalent l'adoption par les autorités administratives de politiques auto-contraignantes dans des domaines particuliers (Norvège, Hongrie) ou de lignes directrices plus générales. Au Portugal, l'Agence de modernisation administrative (AMA) a publié un *Guide pour une IA responsable* dans un cadre visant à promouvoir les principes, les meilleures pratiques et les recommandations pour une utilisation éthique de l'IA. Comportant un outil d'évaluation des risques éthiques, il est désormais entré en phase de test. Aux termes de ce cadre et en l'absence de législation spécifique, les autorités administratives sont autorisées à adopter elles-mêmes des règles régissant leur politique d'utilisation de l'IA dans les procédures de prise de décision administrative.

51. En Suisse, le Conseil fédéral a adopté en 2020, pour la Confédération, des lignes directrices relatives à l'IA⁵⁵. Elles indiquent en tout premier lieu que l'utilisation de l'IA repose sur une base juridique tant nationale qu'internationale qui regroupe en particulier la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse et les normes énoncées dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). De plus, lors de la mise en œuvre de l'IA, ces (sept) lignes directrices, dont les intitulés vont de « donner la priorité aux personnes » à « transparence, traçabilité et explicabilité », doivent être respectées. Elles sont accompagnées d'une annexe consacrée au cadre juridique applicable et soulignant l'importance de différentes dispositions de la loi fédérale (révisée) sur la protection des données.

52. Enfin, l'Espagne a adopté une Charte des droits numériques. Cet instrument non contraignant distingue six types de droits numériques : droits à la liberté, droits à l'égalité, droits à la participation et à l'élaboration de l'espace public, droits relatifs à l'environnement de travail et des entreprises, droits numériques dans des environnements spécifiques, droits à garantie et à efficacité. La charte a vocation à servir de guide pour de futurs projets législatifs et l'élaboration de politiques publiques plus équitables⁵⁶.

8. Quelles politiques sont-elles adoptées pour concilier l'utilisation de systèmes ADM et la notion juridique de pouvoir discrétionnaire de l'Administration ?

53. La nécessité de conserver un certain niveau d'intervention ou de supervision humaines afin de garantir le pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans le processus décisionnel constitue un sujet récurrent. Elle est explicite dans la législation de certains États membres (Allemagne, Norvège), excluant par conséquent les prises de décision entièrement automatisées.

54. Pour ce qui est de la prise de décision entièrement automatisée, certaines particularités singularisent plusieurs pays. En Lettonie, par exemple, seule l'amende minimale prévue par la loi peut être imposée pour une infraction administrative si cette dernière est attestée par des moyens techniques. Cette disposition s'explique par la limitation des possibilités de détermination par des moyens techniques des circonstances de l'infraction dans le cadre d'une procédure administrative⁵⁷.

55. La Pologne fait part de l'utilisation par l'Office des étrangers du *Système national de consultation* pour prendre une décision en ce qui concerne le visa national et le visa Schengen. Seules les décisions positives sont prises de manière entièrement automatisée. À l'inverse, une

⁵⁵ Voir : Guidelines on Artificial Intelligence for the Confederation, disponible sur : <https://www.sbf.admin.ch/sbf/fr/home/politique-fri/fri-2021-2024/themes-transversaux/numerisation-fri/intelligence-artificielle.html>, consulté le 7 décembre 2022.

⁵⁶ Voir Carta Derechos Digitales, disponible sur https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf, consulté le 7 décembre 2022.

⁵⁷ Voir Articles 161-162 de la loi relative à la responsabilité administrative (Pologne).

décision négative en matière de visa implique systématiquement un certain degré d'intervention humaine.

9. La collaboration d'entités privées avec l'Administration pour élaborer et déployer des systèmes ADM de prise de décision administrative soulève-t-elle des questions juridiques dans votre pays ?

56. En cette matière, la plupart des États membres ayant répondu ne relèvent pas la question. Cependant, certains États membres (Finlande, France) notent ici l'existence d'un conflit (potentiel) s'agissant de la doctrine juridique de la (non-)délégation des pouvoirs (administratifs), ceux-ci ne pouvant être délégués à des particuliers ou entités privées en l'absence de base juridique. À l'heure actuelle, cette question demeure parfois purement théorique. En Norvège, par exemple, le champ d'application des systèmes ADM est jusqu'à présent limité aux décisions pour lesquelles peu de pouvoir discrétionnaire est accordé aux autorités administratives. Par conséquent, la question de la délégation des pouvoirs administratifs ne s'est pas encore concrétisée. De surcroît, la doctrine juridique semble nuancée, n'excluant pas totalement la délégation de pouvoirs tant que les acteurs privés participant à l'accomplissement d'une tâche de service public sont placés sous le contrôle d'une autorité publique et n'exercent pas un pouvoir normatif qui pourrait se manifester sous la forme d'une interdiction ou, à l'inverse, d'une autorisation.

57. La Pologne soulève une autre question proche de celle de la délégation de pouvoirs, mentionnant le problème du droit de copyright (ainsi que la gouvernance des données et la cybersécurité) lorsque des acteurs privés contribuent à l'élaboration et au déploiement de systèmes ADM.

3.4. Judiciary

10. Existe-t-il une jurisprudence de juridictions traitant spécifiquement de l'utilisation de systèmes ADM par les autorités administratives ?

58. La plupart des États membres (20 sur 24) ne font part d'aucune jurisprudence abordant spécifiquement les systèmes ADM. Parmi les États membres où une jurisprudence sur les systèmes ADM est disponible, celle-ci porte sur diverses questions juridiques.

59. En République tchèque, les tribunaux administratifs ont été confrontés à la question de savoir si l'autorité administrative (dans le domaine des prestations en besoins matériels) se trouve dans l'obligation de motiver sa décision prise en recourant à un programme de traitement automatique des données dont l'utilisation est prescrite par la loi. Les tribunaux administratifs ont déclaré que l'emploi de ce système automatisé ne dispense pas l'autorité administrative de l'obligation de fonder sa décision sur des motifs adéquats⁵⁸.

60. En France, une affaire importante porte sur l'accès aux traitements algorithmiques. Par une décision du 12 juin 2019, le Conseil d'État a jugé que le droit à la communication de l'algorithme de traitement des candidatures examinées dans le cadre de la procédure nationale de préinscription via la plateforme « Parcoursup » et de ses codes sources n'était pas ouvert aux syndicats étudiants. Le Conseil d'État a rappelé que la législation applicable en matière d'orientation et de réussite des étudiants⁵⁹ prévoit pour les candidats préinscrits sur la plateforme « Parcoursup » la possibilité « d'obtenir, s'ils en font la demande, la communication des informations relatives aux critères et modalités d'examen de leurs candidatures ainsi que des motifs pédagogiques qui justifient la décision prise ». Il a considéré que ces dispositions dérogeaient aux dispositions de droit commun

⁵⁸ Arrêt de la Cour suprême administrative (République tchèque), Affaire n° 3 Ads 33/2012 – 30.

⁵⁹ Loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des élèves.

relatives à la communication des règles définissant le traitement algorithmique (comme exposé à la question 1)⁶⁰.

61. En Lituanie, la Cour suprême administrative a abordé à plusieurs reprises des questions relatives aux systèmes ADM. Par exemple, elle a conclu que le fait que la décision en question ait été adoptée par des moyens automatisés et que les possibilités de contestation de cette décision ouvertes aux personnes demeurent très limitées, ne peut être invoqué comme excusant la violation de règles de droit impératives, y compris les principes de légalité et de bonne administration⁶¹. Dans un autre cas, elle a souligné que les droits des parties intéressées (sur la connaissance d'actions concrètes, sur la possibilité de se connecter au système ou sur des circonstances similaires) devraient être dûment garantis dans la procédure administrative. De même, la Cour suprême administrative de Lituanie a abordé la question de la qualité de la documentation de référence créée et collectée par des moyens automatisés (par exemple, photos orthographiques).

62. Au Portugal, la jurisprudence la plus pertinente se rapporte aux difficultés auxquelles se heurte l'administration fiscale dans ses systèmes informatiques, par exemple pour associer ou désassocier les exécutions fiscales, se conformer aux limites légales fixées pour la saisie des biens ou au principe de proportionnalité dans les saisies automatiques, prouver le bien fondé d'actes de réversion à l'aide de justifications types standardisées et inadaptées aux spécificités de chaque cas, ainsi qu'aux obstacles rencontrés par l'administration fiscale pour corriger les erreurs lors de la saisie des données dans le système informatique.

11. Dans l'affirmative, existe-t-il une jurisprudence de juridictions traitant spécifiquement de l'utilisation de l'IA par les autorités administratives ?

63. Si la jurisprudence en matière de systèmes ADM ne prévaut guère dans la plupart des États membres, cela est d'autant plus vrai pour les décisions de justice portant sur l'IA. La Suisse évoque l'exemple de l'exploitabilité, à titre de moyens de preuve, d'enregistrements effectués par une police cantonale à l'aide d'un système de recherche automatisée de véhicules et surveillance du trafic. Le Tribunal fédéral a fait observer que ce système, qui poursuit le double objectif d'attribuer des infractions non élucidées à une personne déterminée et de permettre une reconnaissance ultérieure, outrepassait la simple collecte et le stockage d'informations d'identification, puisque les données étaient associées à celles d'autres fichiers et comparées de manière automatisée pour permettre le traitement simultané et en série, en une fraction de seconde, d'ensembles importants et complexes de données. Le Tribunal fédéral a estimé en l'espèce que la réalisation et la conservation d'enregistrements par ce système de surveillance porte atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées, et en particulier au droit à la protection de la sphère privée. Le Tribunal fédéral a également constaté que l'utilisation de ce système de surveillance ne reposait pas sur une base légale suffisamment précise dans le canton concerné. Le recours a donc été considéré comme recevable car le système de surveillance porte atteinte à la sphère privée, violant par conséquent l'article 13 de la Constitution fédérale (protection de la sphère privée) conjointement à son article 36 (toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale)⁶².

64. En France, la jurisprudence sur l'utilisation de l'IA par les autorités administratives est pratiquement inexistante, mais certaines décisions innovantes semblent dignes d'attention dans le contexte de l'IA. Une décision pertinente du Conseil d'État porte sur l'utilisation d'un algorithme

⁶⁰ Conseil d'État (France) 12 juin 2019, ECLI:FR:CECHR:2019:427916.20190612.

⁶¹ Voir : Cour suprême administrative (Lituanie) 19 février 2020, affaire n° A-275-822/2020.

⁶² Voir : Bundesgericht (Suisse) 11 octobre 2019, affaire n° 6B_908/2018.

d'évaluation des préjudices corporels, *DataJust*⁶³. Ce modèle d'IA vise à développer un algorithme chargé d'extraire de manière automatique et d'exploiter les données contenues dans les décisions de justice portant sur l'indemnisation des préjudices corporels. Par une décision rendue le 30 décembre 2021, le Conseil d'État a validé ce système, considérant que ce décret se borne à autoriser la collecte de données nécessaires au développement d'un algorithme en matière d'indemnisation du préjudice corporel sans déroger à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il n'a ni pour objet ni pour effet de fixer des règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Le Conseil d'État considère notamment que le système doit permettre un accès plus facile à la jurisprudence sur l'indemnisation des préjudices corporels afin de garantir l'accessibilité et la prévisibilité du droit. Il estime également qu'il répond à des objectifs suffisamment précis et que la nature, le volume et le traitement des données collectées sont appropriés⁶⁴. Toutefois, le ministère de la Justice a décidé de renoncer à cette expérience (qui relevait du droit privé).

12. Quels principes généraux de bonne administration jouent un rôle dans la jurisprudence relative à l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives ?

65. Dans la mesure où des États membres ont rendu compte d'une jurisprudence portant sur les systèmes ADM, un sujet récurrent est l'application des principes généraux du droit administratif. Par exemple, en République tchèque, bien que la jurisprudence mentionnée ci-dessus ne cite pas explicitement un principe général du droit administratif, l'exigence de motivation d'une décision administrative découle généralement des principes d'interdiction de l'abus de pouvoir et du pouvoir discrétionnaire de l'Administration ainsi que du principe de protection de l'intérêt général. De même, en France, le principe de non-discrimination, consacré à plusieurs reprises par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État⁶⁵, s'applique à toute décision administrative, et a fortiori aux décisions algorithmiques. Il en va de même pour le principe de proportionnalité. La Lettonie, bien que ne faisant pas état d'une jurisprudence spécifique portant sur l'IA et les systèmes ADM, mentionne toutefois le principe d'interdiction de l'arbitraire.

66. En Lituanie, plusieurs principes généraux de bonne administration semblent pertinents : le droit d'être entendu, le principe de proportionnalité, le principe d'égalité et de non-discrimination et le principe d'égalité des moyens. Il ressort de sa jurisprudence que la Cour administrative suprême met également l'accent sur les principes fondamentaux suivants : 1) le droit d'être dûment informé de ses droits et de son statut juridique, 2) le droit à une procédure fondée sur des données probantes et 3) la procédure contradictoire.

67. En Suisse, enfin, il est souligné que la seule jurisprudence concernant l'utilisation de l'IA ayant été identifiée à ce jour a valeur de principe car elle intègre des éléments qui ont été très largement élaborés par la doctrine sur la base de l'article 36 de la Constitution fédérale et qui apparaissent dans d'autres arrêts concernant le traitement des données. Ici encore, ces principes (tels que le droit d'être entendu, le principe de proportionnalité, le principe d'égalité/non-discrimination et le principe de légalité) s'appliquent sans considération du fait que la prise de décision soit algorithmique ou non.

⁶³ Voir : Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust » - Légifrance, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000041763205/>.

⁶⁴ Conseil d'État (France) 30 décembre 2021, ECLI:FR:CECHR:2021:440376.20211230.

⁶⁵ Il est fait référence par exemple à Conseil d'État (France) 22 mai 2013, ECLI:FR:XX:2013:351183.20130522.

68. L'Espagne, au contraire, met en avant six principes inscrits à l'article 2 du décret royal 203/2021, que le secteur public doit respecter dans ses actions et plus particulièrement dans ses relations électroniques :

- a) *Technological neutrality and adaptability to the progress of electronic communications technologies.*
- b) *The principle of accessibility, to guarantee equality and non-discrimination in the access of users, in particular of the people with disabilities and the elderly.*
- c) *The principle of ease of use, which determines that the design of electronic services is focused on users.*
- d) *The principle of interoperability.*
- e) *The principle of proportionality, by virtue of which only the guarantees and security measures appropriate to the nature and circumstances of the different electronic procedures and actions will be required.*
- f) *The principle of personalization and proactivity.*

69. Si la portée de ces principes va au-delà du recours par le secteur public aux systèmes ADM en tant que tels, ils n'en recourent pas moins en partie les principes généraux de bonne administration, par exemple le principe de proportionnalité.

13. Quels sont les principaux sujets traités par la jurisprudence relative à l'utilisation de systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives ?

70. Les sujets abordés dans la jurisprudence des États membres sont très divers. Par exemple, la jurisprudence tchèque traite de l'explicabilité des décisions administratives. Il en va de même pour la jurisprudence lituanienne, parallèlement à des discussions sur l'utilisation des systèmes ADM/IA en tant que tels. En France, la plus grande attention est accordée à l'utilisation des systèmes ADM/IA en tant que tels et aux questions de respect de la vie privée et de protection des données. Ces dernières thématiques sont également mentionnées dans le contexte suisse. Il est intéressant de relever que le droit d'obtenir une intervention humaine n'est pas ici un sujet mentionné isolément.

3.5. Conseil de l'Europe

14. La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) joue-t-elle un rôle dans la réglementation de l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives de votre pays ?

71. Les États membres ne répondent pas tous à cette question par l'affirmative. Trois États membres n'ont pas répondu à cette question mais sept autres États membres (Bulgarie, Finlande, Macédoine du Nord, Monténégro, Slovaquie, Suède et Türkiye) indiquent que la CEDH ne joue aucun rôle dans la réglementation des pratiques mettant en œuvre des systèmes ADM. En revanche, quatorze États membres déclarent que la CEDH est pertinente en la matière. Parmi les dispositions les plus appropriées ici sont mentionnés les articles 6 (droit à un procès équitable), 8 (respect de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction de la discrimination). En outre, la Norvège fait observer que le droit à un recours effectif (article 13) pourrait se révéler pertinent dans les cas où l'utilisation de systèmes ADM limite la possibilité pour les personnes d'obtenir une explication, une réponse, une rectification, etc. de la part d'une autorité compétente.

72. D'autres États membres (Allemagne, Lettonie, Pologne, Portugal) soulignent que la CEDH s'applique à toute forme d'action administrative, et donc également aux systèmes ADM et à l'IA.

15. *Dans votre pays, d'autres instruments du Conseil de l'Europe jouent-ils un rôle dans la réglementation de l'utilisation de l'IA par les autorités administratives (dans la législation, les règles politiques ou la jurisprudence) ?*

73. Ici encore, outre deux États membres laissant cette question sans réponse (Danemark et Ukraine), onze États membres y répondent par la négative. Les onze autres États membres donnent une réponse positive. Il est le plus souvent fait référence à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Cependant, la Lettonie souligne que l'on s'attend à l'heure actuelle aux répercussions plus importantes du droit européen, en particulier de la proposition de législation sur l'IA. Le Portugal mentionne ici le rôle de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe (CAHAI).

74. Des États membres mentionnent également à plus d'une reprise que certains instruments du Conseil de l'Europe ont un impact indirect, c'est-à-dire sans qu'il soit fait explicitement référence à ces documents dans la législation interne et l'élaboration des politiques nationales (par exemple, la Constitution espagnole, la stratégie polonaise en matière d'IA, la stratégie nationale tchèque en matière d'IA).

16. *Est-il débattu, dans la doctrine juridique nationale, des lacunes du droit administratif s'agissant de répondre aux questions soulevées par les systèmes ADM et l'IA en particulier dans le contexte de la prise de décision administrative.*

75. Dans la mesure où les parties interrogées disposent d'une vue d'ensemble des débats juridiques nationaux en matière de systèmes ADM et d'IA dans le contexte de la prise de décision administrative, dix États membres ne mentionnent aucun débat national, tandis que onze autres États membres signalent l'existence d'un tel débat. Les thèmes abordés et les conceptions adoptées dans le débat sont très variés. La France, par exemple, indique que l'IA et ses développements soulèvent en effet des questions juridiques, mais ne semblent pas susciter de débat particulier sur les éventuelles lacunes du droit administratif. Dans le même ordre d'idées, la Lettonie signale qu'à l'exception d'un numéro spécial publié par une revue juridique nationale et consacré à des questions générales d'IA, l'utilisation des systèmes ADM ou de l'IA en matière de sanctions administratives ne suscite pas de grand débat.

76. Toutefois, la mise en œuvre de la législation européenne sur l'IA devrait nécessiter une action en matière de réglementation au niveau national. Les sujets cités dans les débats nationaux sont les applications à haut risque, la collecte des mégadonnées, la responsabilité en matière d'utilisation de systèmes ADM (République tchèque), les garanties de protection des données, l'obligation de rendre compte et la transparence (Finlande), la nécessité d'une base juridique (distincte) pour les systèmes ADM élaborée par le biais d'une révision de la législation sur le droit administratif (Norvège), les divergences entre pouvoir discrétionnaire de l'Administration et systèmes ADM (Pologne), la tension entre la mise en œuvre et la réglementation des systèmes d'IA, les coûts et la granularité de la transparence (Portugal), la mise en place de normes équitables, éthiques et contemporaines en matière d'utilisation et d'élaboration de systèmes d'IA, les questions de discrimination, la nécessité d'une approche centrée sur l'humain (Slovénie), la transparence, l'externalisation, un cadre juridique trop rigoureux (Suède) et une réglementation optimale de l'IA, c'est-à-dire l'élaboration d'adaptations ad hoc des normes existantes dans les domaines juridiques concernés, plutôt que d'envisager l'adoption d'un texte unique (« loi relative à l'IA ») qui traiterait des questions soulevées par les applications de l'IA dans de nombreux domaines (Suisse).

77. L'Allemagne indique que le débat au niveau national se fait pour l'essentiel l'écho du débat au niveau européen. Türkiye fait état d'un certain nombre de discussions, notamment sur la personnalité juridique des systèmes d'IA, mais observe également que les mesures administratives prises au moyen de mécanismes de prise de décision algorithmiques n'ont pas encore fait l'objet de recours devant les tribunaux administratifs et que la doctrine rendant compte de la question s'appuie sur des décisions adoptées par les juridictions étrangères.

4. DISCUSSION DES RESULTATS

Inexistence d'une vision d'ensemble

78. Les résultats de l'enquête présentés au chapitre 3 ne fournissent pas un aperçu complet de la réglementation en matière d'ADM et d'IA dans les différents États membres du Conseil de l'Europe. La présente étude apporte un éclairage sur la réglementation des systèmes ADM et d'IA dans environ la moitié seulement des États membres. En se basant sur les questionnaires renvoyés comme données d'entrée pour le rapport comparatif, l'étude ne prête pas attention aux développements pertinents dans d'autres États membres, et passe donc à côté. Cependant, lorsque les pratiques relatives aux systèmes ADM et à l'IA sont plus d'une fois caractérisées par quelque forme d'approche ascendante (voir les réponses à la question 6), les institutions centrales ne disposent pas toujours d'une vue d'ensemble complète de la situation dans leurs juridictions et du contenu des débats (nationaux) rapportés par la littérature universitaire et professionnelle. Malgré ces limites inhérentes à la présente enquête, il n'en demeure pas moins possible d'identifier et de discuter certains motifs généraux et différentes approches du sujet.

La réglementation des systèmes ADM et de l'IA n'en est encore qu'à ses débuts

79. Il convient en tout premier lieu de noter que si l'utilisation d'applications d'IA dans la prise de décision administrative n'en est qu'à ses débuts, cela est d'autant plus vrai pour la réglementation des dites applications, qu'il s'agisse de l'IA stricto sensu ou de la ADM lato sensu. On trouvera une explication possible dans le fait que l'utilisation de systèmes automatisés ne représente en général dans la prise de décision administrative qu'un élément parmi d'autres, et non le seul. Par conséquent, lorsque le droit administratif se focalise sur la décision définitive adoptée par une autorité compétente (fonctionnaire humain), le rôle de soutien que jouent les systèmes automatisés peut passer quelque peu inaperçu.

80. L'absence de réglementation des systèmes ADM en général et de l'IA en particulier ne concerne pas seulement la législation, mais s'étend également à la jurisprudence. De façon générale, la jurisprudence disponible portant sur les systèmes ADM se caractérise par sa rareté. Cela est d'autant plus vrai pour le recours aux systèmes d'IA dans la prise de décision administrative.

L'inexistence d'un droit spécifique de l'IA

81. L'un des principaux résultats de l'enquête est qu'un « droit de l'IA » spécifique, sous quelle que forme que ce soit, fait généralement défaut dans les États membres du Conseil de l'Europe. Dans plusieurs États, la valeur ajoutée d'une législation distincte traitant de l'IA est même explicitement remise en question. Même lorsque qu'une disposition législative fait exceptionnellement référence à l'« IA » (par exemple au Portugal), sa portée exacte reste souvent indéfinie. Il en va de même pour la jurisprudence sur les applications de l'IA : elle est pratiquement inexistante dans les États membres. Là encore, on pourra trouver une explication vraisemblable dans le fait que l'utilisation des applications d'IA par l'Administration n'en est encore qu'à ses débuts. Cette situation peut être illustrée par une décision du tribunal de district de La Haye (Pays-Bas) portant sur le système algorithmique SyRI (*Systeem Risico Indicatie*), utilisé pour déceler d'éventuels cas de fraude aux prestations de sécurité sociale⁶⁶. Cette affaire n'a pas été mentionnée dans les rapports nationaux présentés au chapitre 3⁶⁷, mais il n'en demeure pas moins utile de l'évoquer. Dans sa décision, le tribunal a statué que la législation applicable autorisant l'utilisation du système algorithmique SyRI n'était pas conforme aux exigences de l'article 8 de la CEDH. Au titre de cet article, les Pays-Bas, en tant que partie à la CEDH, sont investis selon le tribunal d'une

⁶⁶ Tribunal de district de La Haye (Pays-Bas), 5 février 2020, voir ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 (publié en anglais).

⁶⁷ Les Pays-Bas n'ont pas fait parvenir leurs réponses au questionnaire.

« responsabilité particulière » dans la mise en œuvre de nouvelles technologies, qui est de trouver un juste équilibre entre, d'une part, les avantages apportés par l'utilisation de ces technologies en matière de prévention et de lutte contre la fraude, et d'autre part, les ingérences potentielles dans l'exercice du droit au respect de la vie privée dont cette utilisation serait la source. Même si, à l'heure actuelle, rien n'indique l'existence d'un apprentissage profond, d'une exploration de données ou de l'établissement de profils de risque dans la mise en œuvre de la législation SyRI, cette dernière laisse le champ libre à l'élaboration et l'application d'un modèle d'évaluation des risques recourant à l'« apprentissage profond » et à l'exploration de données, ainsi qu'à la création de profils de risque. Par conséquent, la simple possibilité d'appliquer des techniques d'IA dans un système automatisé justifie que ce dernier fasse l'objet d'un examen plus approfondi et plus critique.

Qui est en tête ?

82. Bien que le matériel recueilli à titre d'illustration soit limité, il ressort clairement de cette enquête que différents acteurs sont impliqués dans la réglementation des systèmes ADM. Il est intéressant de relever que le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif ne sont pas impliqués à parts égales. Dans certains États membres (par exemple, la France et le Portugal), une législation relative spécifiquement aux systèmes ADM est accompagnée de décisions judiciaires sur lesdits systèmes. Dans d'autres États membres (par exemple, la République tchèque et la Lituanie), une législation générale relative aux systèmes ADM fait défaut, ce qui n'empêche pas les tribunaux administratifs de statuer sur l'utilisation de ces systèmes. D'autres États membres encore (par exemple, la Pologne et la Suisse) ont adopté des lignes directrices générales sur l'utilisation de l'IA. Ces dispositions juridiques non contraignantes visent à orienter l'élaboration de systèmes d'IA, plus particulièrement en l'absence de législation en la matière. La constante évolution du cadre réglementaire est tout aussi évidente ; différents États membres ont indiqué qu'une législation était en préparation, tandis qu'une nouvelle législation peut donner lieu à une nouvelle jurisprudence. Le Conseil de l'Europe a contribué à la réglementation du traitement automatisé des données avec la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) et avec le Protocole portant amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STCE n° 223).

83. Outre la question de la répartition des compétences et des responsabilités entre les acteurs étatiques, se pose également celle de savoir à quel niveau (local, national, européen, mondial) doivent être fixées les règles relatives à l'utilisation des systèmes ADM et d'IA. Certains États membres (par exemple, la Lettonie) attendent manifestement les évolutions législatives envisagées au sein de l'UE par la proposition d'une législation sur l'IA.

Le rôle dominant de la législation relative la protection des données

84. Dans plusieurs États membres, le régime juridique applicable aux systèmes ADM est très largement déterminé par le RGPD. Pour ce qui concerne les États membres de l'UE, le Règlement général sur la protection des données de l'Union européenne joue un rôle essentiel, en particulier son article 22 qui interdit la prise de décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé des données à caractère personnel. D'autres États membres du Conseil de l'Europe, mais non membres de l'UE, disposent d'une législation similaire en matière de protection des données, qui traite également des questions soulevées par les systèmes ADM.

Un rôle à venir pour la législation en matière de droit administratif ?

85. Malgré le rôle dominant de la législation sur la protection des données, il n'est certainement pas fondé de considérer que la réglementation des systèmes ADM et de l'IA ne relèverait pas du droit administratif. Dans plusieurs États membres (France, Allemagne, Suède), les dispositions

générales sur l'utilisation de systèmes ADM par le secteur public ne sont pas inscrites dans la législation relative à la protection des données, mais dans la législation administrative (par exemple, dans une loi de procédure administrative). La valeur ajoutée de cette approche réglementaire réside dans le fait que la portée des dispositions applicables n'est pas limitée à la prise de décision administrative quand le traitement de données à caractère personnel s'y trouve associé. Toutefois, lorsque la réglementation des systèmes ADM évolue indépendamment de celle de la protection des données, la nécessité s'impose d'assurer une coordination entre le droit de la protection des données et les garanties du droit administratif.

Une diversité de sujets

86. En matière de réglementation des systèmes ADM et de l'IA, aucun sujet ne ressort en particulier. Quand l'Administration a recours aux systèmes ADM, la jurisprudence et les débats nationaux rapportés dans la littérature montrent qu'une grande diversité de thèmes sont concernés. Certains sont un peu négligés, par exemple l'accès au code du logiciel, mais les questions de transparence sont associées sans ambiguïté aux systèmes ADM et à l'IA.

87. Pour ce qui est des réponses juridiques apportées aux défis posés par les systèmes ADM, il est possible de distinguer plusieurs approches. Avant tout, les principes généraux du droit administratif s'appliquent quel que soit les circonstances de la prise de décision administrative, y compris dans le cas des systèmes ADM et de l'IA. Les Administrations publiques demeurent liées par ces principes, y compris dans le contexte des systèmes ADM. Mais il n'apparaît pas de manière entièrement explicite que cette flexibilité permette de résoudre tous les problèmes liés aux systèmes ADM, car la protection des citoyens apportée par les principes généraux dans ce contexte peut se révéler insuffisante ou les autorités publiques rencontrent des difficultés à contextualiser ces principes généraux.

88. En plus de cette approche fondée sur des principes, certains systèmes juridiques ont adopté des règles spécifiques adaptées à l'ADM (dans des cas spécifiques). On citera à titre d'exemple la règle selon laquelle une décision *défavorable* nécessite systématiquement une certaine forme d'intervention humaine, ou celle selon laquelle une décision automatisée sous forme d'imposition d'une amende ne peut dépasser un certain montant. En outre, le RGPD contient des dispositions portant sur les systèmes ADM, bien que ces règles soient de portée plutôt générale.

89. Enfin, il existe également une approche fondée sur les droits de l'homme, prise en charge par une forme ou une autre de charte des droits numériques. Le caractère contraignant de telles chartes est parfois sujet à discussion, car elles peuvent se révéler de nature plus éthique que juridique.

5. CONCLUSIONS

90. La présente étude comparative a été rédigée en tant qu'élément constitutif potentiel d'une révision du manuel *L'Administration et vous* publié par le Conseil de l'Europe. Celui-ci regroupe 21 principes de droit administratif portant sur les relations entre les personnes et les autorités administratives ; il établit une distinction entre les principes matériels, les principes procéduraux, les questions de responsabilité et d'indemnisation, ainsi que les contrôles et recours. L'approche retenue dans le manuel associe à une liste de sources pertinentes du Conseil de l'Europe un commentaire sur le principe concerné et une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme applicable en l'espèce.

91. En vue d'une éventuelle révision du manuel, la présente étude comparative apporte une contribution sur les points suivants :

- 1) L'utilisation des systèmes ADM et de l'IA soulève des questions juridiques aussi nombreuses que diverses. L'attention juridique ne se limite pas à un unique sujet à traiter, mais porte au contraire sur la grande diversité des sujets discutés en relation avec les systèmes ADM et l'IA. L'intensité du thème discuté est fonction du système juridique en jeu.
- 2) Conséquence de cette première observation, chacun des principes élaborés dans le manuel peut être discuté et reconsidéré sous la perspective des systèmes ADM et de l'IA. Cela semble assez évident pour ce qui est de certains thèmes (par exemple, la transparence). L'utilisation de systèmes ADM et d'IA met l'accent sur différentes dimensions de la transparence, par exemple l'explicabilité et l'accès au code du logiciel. L'approche fondée sur des principes, qui est caractéristique du manuel, est également adoptée par plusieurs États membres en matière de réglementation des systèmes ADM et de l'IA.
- 3) Néanmoins, des lacunes subsistent dans les règles d'application générale. Là où le « diable se cache dans les détails », il demeure toujours nécessaire de contextualiser les principes généraux, dans la jurisprudence ou dans la législation. Cela est d'autant plus vrai pour la locution générique d'« IA » qui recouvre une grande diversité de systèmes algorithmiques, soulevant parfois des difficultés qui leurs sont propres sur les plans de la transparence, de l'exactitude, etc.
- 4) Alors que le manuel s'attache aux relations entre les administrations publiques et les citoyens, un problème récurrent porte sur la question de savoir si les personnes sont suffisamment outillées pour faire face aux nouveaux enjeux de l'IA. Il se pourrait que d'autres mécanismes de responsabilisation soient nécessaires en plus de la protection juridique des citoyens.
- 5) Lorsqu'il s'agit plus particulièrement du recours à l'IA (IA), les États membres ne disposent quasiment d'aucun document juridique d'orientation. Pour ce qui est de la réglementation de l'IA, les États membres de l'Union européenne attendent la proposition de législation sur l'IA et ses développements. Cependant, même lorsqu'elle sera promulguée, la proposition de loi européenne sur l'IA ne contiendra pas un cadre réglementaire complet pour les applications de l'IA, car elle se concentre sur les systèmes d'IA à haut risque, alors que les autorités publiques utiliseront également d'autres systèmes d'IA. De plus, en ce qui concerne la réglementation des systèmes d'IA à haut risque, la loi européenne sur l'IA se concentre sur le fournisseur de systèmes d'IA plutôt que sur l'utilisateur de systèmes d'IA.
- 6) Il semble nécessaire de coordonner plusieurs évolutions juridiques concernant l'IA et les systèmes ADM. Cela vaut pour l'approche adoptée dans la proposition de loi européenne sur l'IA, en particulier lorsque le principe de loyauté et de coopération sincère prévu par le droit communautaire empêche de facto les États membres de l'UE d'adopter une nouvelle

législation qui ne serait pas conforme à la proposition de loi européenne sur l'IA. Cela vaut également pour la relation avec la loi sur la protection des données. À cet égard, il est intéressant de noter que seul le principe 7 portant sur le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel fait référence à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (y compris le récent protocole modifiant cette convention), alors que la présente étude met en évidence la nécessité d'une réglementation des systèmes ADM au-delà du seul domaine de la législation relative au respect de la vie privée.

92. Ainsi, le rapport plaide en faveur d'une réinterprétation et d'une contextualisation nécessaires des différents principes énoncés dans le manuel dans le contexte des systèmes ADM en général et de l'IA en particulier. Toutefois, le manuel n'est pas caractérisé par une approche ascendante exploitant les expériences des différents États membres. Au contraire, il s'inspire actuellement, dans une démarche descendante, de différentes sources du Conseil de l'Europe, y compris de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Par conséquent, une révision du manuel visant à le mettre à jour s'agissant des applications ADM et de l'IA nécessiterait soit d'adopter une approche différente (fondée davantage qu'auparavant sur l'expérience des États membres et en recueillant les « meilleures pratiques » réglementaires dans d'autres États membres également). La révision du manuel pourrait également bénéficier des travaux du Comité sur l'intelligence artificielle (CAI).⁶⁸

⁶⁸ Le CAI a été créé par le Comité des Ministres en vertu de l'article 17 du Statut du Conseil de l'Europe et chargé de tâches telles que (a) établir un processus international et mener des travaux pour élaborer un cadre juridique approprié sur le développement, la conception et l'application de l'IA, (b) en maintenant une approche transversale, également en coordonnant ses travaux avec d'autres comités intergouvernementaux et entités du Conseil de l'Europe traitant également des implications de l'intelligence artificielle. Il suivra la même voie dans ses travaux que le CAHAI, qui a achevé son mandat le 3 décembre 2021, (Mandat du CAI disponible sur : <https://rm.coe.int/cai-mandat/1680a7b90a>, consulté 7 décembre 2022).

ANNEXE I: BIBLIOGRAPHIE⁶⁹

- Artificial Intelligence Strategy for Estonia, disponible sur : <https://en.kratid.ee/>, consulté le 7 décembre 2022.
- Brkan M. (2019), “*Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond*”, *International Journal of Law and Information Technology* Vol. 27, Numéro 2, pp. 91–121.
- Brkan M. et Bonnet G. (2020), “*Legal and Technical Feasibility of the GDPR’s Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: Of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas*”, *European Journal of Risk Regulation*, Volume 11, Issue 1, pp. 18 – 50.
- Burrell J. (2016), “*How the machine “thinks”: Understanding opacity in machine learning algorithms*”, *Big Data & Society*, Vol. 3 (1), pp. 1-12.
- Carta Derechos Digitales, disponible sur : https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf, consulté le 7 décembre 2022.
- Cobbe J. (2019), “*Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making*”, *Legal Studies, Legal Studies*, Vol. 39, Issue 4, pp. 636-655.
- Coglianese C. et Lehr D. (2017), “*Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*”, *The Georgetown Law Journal* 105(5), pp. 1147-1223.
- Coglianese C. et Lehr D. (2019), “*Transparency and algorithmic governance*”, *Administrative Law Review*, Vol. 71, P. 1, 2019, U of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 18-38.
- Commission Européenne (2018), “Plan coordonné sur l’intelligence artificielle”, COM(2018) 795 final, Bruxelles.
- Commission Européenne (2021), “*Proposition de règlement établissant des règles harmonisées en matière d’intelligence artificielle*” (Législation sur l’Intelligence Artificielle).
- Conseil de l’Europe (2018), “*L’Administration et vous. Principes de droit administratif concernant les relations entre l’Administration et les personnes*”, Éditions du Conseil de l’Europe, Strasbourg.
- Conseil de l’Europe (2021), CAHAI : Éléments potentiels d’un cadre juridique sur l’intelligence artificielle, fondés sur les normes du Conseil de l’Europe en matière de droits de l’homme, de démocratie et d’État de droit (CM (2021)173-add), disponible sur : <https://rm.coe.int/elements-potentiels-d-un-cadre-juridique-sur-l-ia/1680a5ae6c>, consulté le 7 décembre 2022.
- Conseil de l’Europe, Comité ad hoc sur l’intelligence artificielle (CAHAI) : Etude de faisabilité, CAHAI (2020) 23, Strasbourg, disponible sur : <https://rm.coe.int/cahai-2020-23-final-etude-de-faisabilite-fr-2787-2531-2514-v-1/1680a1160f>, consulté le 7 décembre 2022.
- Conseil de l’Europe, Comité du Conseil de l’Europe sur l’intelligence artificielle (CAI), Mandat, disponible sur <https://rm.coe.int/cai-mandat/1680a7b90a>, consulté 7 décembre 2022.

⁶⁹ Par ordre alphabétique.

- Conseil d'État (France), ECLI:FR:CECHR:2021:440376.20211230, 30 décembre 2021.
- Conseil d'État (France), ECLI:FR:CECHR:2019:427916.20190612, 12 juin 2019.
- Conseil d'État (France), ECLI:FR:XX:2013:351183.20130522, 22 mai 2013.
- Cour suprême administrative de la République Tchèque, Affaire n° 3 Ads 33/2012 – 30.
- Cour suprême de la République de Lituanie, Affaire n° A-275-822/2020, 19 février 2020.
- Deeks A. (2019), “*The judicial demand for explainable artificial intelligence*”, *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 7, pp. 1829-1850.
- Edwards L. et Veale M. (2018), “*Enslaving the Algorithm: From a “Right to an Explanation” to a “Right to Better Decisions?”*”, *IEEE Security & Privacy*, Vol. 16, pp. 46-54.
- Edwards L. et Veale M. (2017), “*Slave to the Algorithm? Why a “Right to Explanation” is Probably Not the Remedy You are Looking For*”, *Duke Law & Technology Review*, Vol. 16, pp. 18-84.
- Federal Court of Switzerland, Case No. 6B_908/2018, 11 October 2019.
- Finck M. (2020), “Automated Decision-Making and Administrative Law”, in Peter Cane p., Hofmann H., Ip E., and Lindseth P. (eds) (2020), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 656–676.
- Guidelines on Artificial Intelligence for the Confederation, disponible sur: <https://www.sbf.admin.ch/sbf/en/home/eri-policy/eri-21-24/cross-cutting-themes/digitalisation-eri/artificial-intelligence.htm>, consulté le 7 December 2022.
- Malgieri G. (2019), “*Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations*”, *Computer Law & Security Review*, Volume 35, Issue 5, pp. 2–26.
- Miller T. (2019), “*Explanation in artificial intelligence: Insights from the social sciences*”, *Artificial Intelligence*, Volume 267, pp. 1-38.
- Oswald M. (2018), “*Algorithm-Assisted Decision-Making in the Public Sector: Framing the Issues Using Administrative Law Rules Governing Discretionary Power*”, *Philosophical Transactions: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, Vol. 376, No. 2128, pp. 1-20.
- Russell S. J. et Norvig P. (2021), “*Artificial Intelligence. A Modern Approach*”, Upper Saddle River: Prentice Hall.
- Tribunal d'instance La Haye (Pays-Bas), ECLI:NL:RBDHA:2020:1878, 5 février 2020.
- Williams R. (2022), “*Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 42, Issue 2, pp. 468–494.

ANNEXE II: LES PRINCIPES DE DROIT ADMINISTRATIF FIGURANT DANS LE MANUEL L'ADMINISTRATION ET VOUS

Les principes de droit administratif portant sur les relations entre les personnes et les autorités administratives.

PRINCIPES MATÉRIELS

Principe 1 – Légalité et conformité à l'objet et au but de la loi

Principe 2 – Égalité de traitement

Principe 3 – Objectivité et impartialité

Principe 4 – Proportionnalité

Principe 5 – Sécurité juridique

Principe 6 – Transparence

Principe 7 – Respect de la vie privée et protection des données à caractère personnel

PRINCIPES PROCÉDURAUX

Principe 8 – Accès

Principe 9 – Participation

Principe 10 – Droit d'être entendu

Principe 11 – Représentation et assistance

Principe 12 – Délais

Principe 13 – Forme et notification des actes administratifs

Principe 14 – Exécution des actes administratifs

Principe 15 – Sanctions administratives

RESPONSABILITÉ DE L'ADMINISTRATION, INDEMNISATION

Principe 16 – Responsabilité et réparation

CONTRÔLES ET RECOURS

Principe 17 – Contrôle interne

Principe 18 – Contrôle non judiciaire

Principe 19 – Droit de recours

Principe 20 – Protection temporaire ou provisoire

Principe 21 – Exécution des décisions judiciaires

ANNEXE III : QUESTIONNAIRE DU CDCJ SUR L'UTILISATION DE L'IA DANS LA PRISE DE DECISION ADMINISTRATIVE

Introduction

Le présent questionnaire vise à déterminer le rôle du **droit administratif** dans la réglementation de l'utilisation des systèmes d'**IA** dans la **prise de décision administrative**. L'utilisation de systèmes d'IA n'en étant encore qu'à ses débuts, l'objectif n'est pas d'obtenir une vue d'ensemble détaillée de (la réglementation de) toutes les applications d'IA dans les États membres, mais de recueillir à titre d'illustration des éléments provenant des États membres contenant des exemples concrets et de bonnes pratiques en matière de réglementation de ces systèmes. Cette approche plus éclectique pourrait utilement apporter une contribution concrète aux sujets à aborder lors de la révision du manuel *L'Administration et vous*.

Le questionnaire développé ci-dessous est structuré en considérant isolément les différents **acteurs étatiques** (législateur, administration, système judiciaire) ; il est suivi d'une dernière partie consacrée à l'impact des documents du Conseil de l'Europe en matière de réglementation de l'IA dans la prise de décision administrative. Le questionnaire comporte 16 questions en tout.

Aux fins du questionnaire, l'**ADM** s'entend de toute forme de prise de décision administrative ayant recours à des systèmes (entièrement ou partiellement) automatisés. **IA** fait référence aux applications informatiques reposant sur différentes techniques, qui présentent des capacités associées ordinairement et à l'heure actuelle à l'intelligence humaine⁷⁰. Les systèmes d'IA font preuve d'un comportement intelligent en analysant leur environnement et en prenant des mesures, avec un certain degré d'autonomie, pour atteindre des objectifs spécifiques⁷¹. L'élément d'« autonomie » évoqué dans cette définition est considéré comme caractéristique des systèmes d'IA. Dans le présent questionnaire, la prise de décision administrative avec le soutien de systèmes d'IA est considérée comme un sous-ensemble de la **prise de décision algorithmique (ADM)**. Certaines questions traitent des systèmes ADM en général, car la distinction entre l'IA et d'autres formes d'ADM n'est pas toujours claire, la « ligne de démarcation » étant tracée différemment selon la définition adoptée, étroite ou plus générale, de l'IA.

N.B. : Pour le cas où le répondant hésiterait à classer une application ADM dans la catégorie IA, il pourra bien entendu l'inclure dans le présent questionnaire (tout en signalant son indécision).

A. Législation

Cette première partie du questionnaire traite du rôle du **législateur** dans la réglementation de l'utilisation de l'IA en matière de prise de décision administrative. Si le législateur peut avoir adopté une législation dans le cadre de la prise de décision administrative, sa réponse face aux évolutions technologiques inédites accuse parfois un retard. Ce peut être le cas en particulier pour le législateur qui hésiterait ou peinerait à élaborer des règles générales relatives aux systèmes ADM ou à l'IA.

1. Une législation nationale relative à l'utilisation de systèmes ADM dans les procédures de prise de décision administrative a-t-elle été adoptée ?

⁷⁰ CAHAI, *Étude de faisabilité*, CAHAI(2020)23 (17 décembre 2020) 4.

⁷¹ Définition provenant du groupe d'experts de haut niveau de l'UE sur l'IA.

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser en incluant dans votre réponse toute disposition juridique pertinente.

2. Dans l'affirmative, cette législation établit-elle une distinction entre, d'une part, les applications d'IA et, d'autre part, les autres formes d'assistance algorithmique dans le cadre de la prise de décision administrative ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser en incluant dans votre réponse toute disposition juridique pertinente.

3. La législation interdit-elle explicitement l'utilisation de certaines applications ADM (y compris l'IA) par les Administrations publiques ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser en incluant dans votre réponse toute disposition juridique pertinente.

4. Pour autant que les autorités administratives sont autorisées à utiliser des systèmes ADM, quels sujets sont régis par la législation en matière de prise de décision algorithmique par les autorités administratives ? (plusieurs réponses possibles)

- *Droit des personnes d'être informées de l'utilisation de systèmes ADM*
- *Droit de recevoir toute explication utile sur les décisions individuelles*
- *Interdiction de discrimination / prévention de la partialité*
- *Droit des personnes à l'intervention humaine*
- *Droit des personnes à disposer d'un accès au code du logiciel*
- *Respect de la vie privée / Protection des données à caractère personnel*
- *Autre : ...*

Veuillez préciser votre réponse en y incluant des éléments à titre d'illustration des différents thèmes.

Plusieurs initiatives législatives en matière de réglementation des systèmes ADM (y compris l'IA) ont été adoptées récemment (par exemple, la proposition de la Commission européenne pour une législation sur l'IA, en avril 2021)⁷². Ce point soulève la question des corrélations entre les législations nationales et ces initiatives internationales.

⁷² Voir également le document adopté par le CAHAI « Éléments potentiels d'un cadre juridique sur l'IA, fondés sur les normes du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme, de démocratie et d'État de droit ».

5. Une législation interne visant à réglementer l'utilisation de systèmes ADM et/ou de l'IA par les autorités administratives est-elle en cours de préparation ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser votre réponse en y incluant toute disposition juridique pertinente.

B. Administration

Cette deuxième partie du questionnaire traite du rôle de l'**administration publique** (pouvoir exécutif) dans l'utilisation et la réglementation de l'IA. L'absence de législation sur les systèmes ADM en général et l'IA en particulier ne doit pas nécessairement empêcher les autorités administratives de déployer ces systèmes algorithmiques.

6. Quelles sont les applications d'IA connues de vos autorités administratives nationales ?

En l'absence de législation, les autorités administratives peuvent adopter des règles de politique générale contraignantes vis-à-vis d'elles-mêmes en matière d'utilisation de l'IA dans leurs procédures de prise de décision administrative.

7. Les autorités administratives ont-elles adopté des politiques auto-contraignantes encadrant l'utilisation des systèmes ADM ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser en incluant dans votre réponse toute disposition juridique pertinente.

Une question spécifique est source de préoccupation, à savoir la contradiction qui pourrait apparaître entre l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) et le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi aux autorités administratives : dans les cas où la législation accorde une certaine marge de manœuvre aux autorités dans l'exercice de leurs compétences administratives, le recours aux systèmes ADM (y compris à l'IA) est susceptible de restreindre cette liberté d'appréciation.

8. Quelles approches sont-elles adoptées pour concilier l'utilisation des systèmes ADM et la notion juridique de pouvoir discrétionnaire administratif ?

Une autre question est elle aussi source de préoccupation, l'« externalisation » des compétences administratives transférées à des entités privées. Les administrations publiques collaborent avec des acteurs du marché qui élaborent des logiciels d'IA, mais ces contributions sont susceptibles d'être assimilées à une forme de délégation (illégal) de pouvoirs administratifs.

9. La collaboration d'entités privées avec l'Administration pour élaborer et déployer des systèmes ADM de prise de décision administrative soulève-t-elle des questions juridiques dans votre pays ?

94.

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser votre réponse en y incluant les questions susceptibles de se révéler problématiques au titre de cette relation (restrictions de droits d'auteur, délégation de compétences administratives, etc.)

C. Judiciaire

La troisième partie du questionnaire aborde le rôle du **judiciaire** dans la réglementation de l'IA. Les tribunaux (administratifs) jouent un rôle central dans la réglementation des systèmes ADM (y compris l'IA), soit en appliquant des normes juridiques visant spécifiquement les systèmes ADM, soit en mettant en œuvre et en concrétisant les principes généraux de bonne administration dans le contexte des systèmes ADM.

10. Existe-t-il une jurisprudence de juridictions portant spécifiquement sur l'utilisation de systèmes ADM par les autorités administratives ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser votre réponse en y incluant les questions abordées par cette jurisprudence, y compris tout lien pertinent.

11. Dans l'affirmative, existe-t-il une jurisprudence de juridictions portant spécifiquement sur l'utilisation de l'IA par les autorités administratives ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser en incluant dans votre réponse tout lien pertinent.

12. Quels principes généraux de bonne administration jouent un rôle dans la jurisprudence relative à l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives ? (Plusieurs réponses possibles)

- *Droit d'être entendu*
- *Principe de proportionnalité*
- *Principe d'égalité / Non-discrimination*
- *Principe d'égalité des moyens*
- *Autre : ...*

13. Quels sont les principaux sujets traités par la jurisprudence en matière d'utilisation de systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives ? (Plusieurs réponses possibles)

95.

- *Utilisation de systèmes ADM / IA en tant que tels*
- *Explicabilité des décisions administratives*

- *Droit d'obtenir une intervention humaine*
- *Respect de la vie privée / Protection des données à caractère personnel*
- *Autre : ...*

D. Systèmes ADM/IA, prise de décision administrative et le Conseil de l'Europe

La dernière partie du questionnaire aborde le rôle (potentiel) du Conseil de l'Europe dans la réglementation de l'utilisation des systèmes d'IA par les autorités administratives. À l'instar de nombreuses autres institutions nationales et internationales, le Conseil de l'Europe considère la responsabilité qui lui incombe en matière de réglementation de l'IA dans la prise de décision administrative.

14. La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) joue-t-elle un rôle dans la réglementation de l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives de votre pays ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser les dispositions pertinentes de la CEDH.

Plusieurs autres instruments du Conseil de l'Europe sont susceptibles d'être pertinents pour ce qui est de la réglementation de l'IA (par exemple, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ou la Recommandation concernant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires de l'administration).

15. Dans votre pays, d'autres instruments du Conseil de l'Europe jouent-ils un rôle dans la réglementation de l'utilisation de l'IA par les autorités administratives (dans la législation, les règles politiques ou la jurisprudence) ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser les instruments pertinents et mentionner les acteurs étatiques concernés (législateur, administration, judiciaire).

Le manuel du Conseil de l'Europe *L'Administration et vous* vise à fournir des exemples concrets et signaler les bonnes pratiques dans le cadre de la prise de décision administrative. À cette fin, il conviendra d'identifier les questions juridiques qui méritent explicitement une attention du point de vue des États membres.

16. Les lacunes du droit administratif en matière de réponses à apporter aux questions soulevées par les systèmes ADM et l'IA en particulier sont-elles débattues dans la doctrine juridique nationale ?

Oui / Non

Dans l'affirmative, veuillez fournir un très bref résumé de ce débat : quelles lacunes du droit administratif sont-elles identifiées ?, etc.

ANNEXE IV : REPONSES AU QUESTIONNAIRE (COMPILATION)

Question

- 1) Une législation nationale relative à l'utilisation de systèmes ADM dans les procédures de prise de décision administrative a-t-elle été adoptée ?
- 2) Dans l'affirmative, cette législation établit-elle une distinction entre, d'une part, les applications d'IA et, d'autre part, les autres formes d'assistance algorithmique dans le cadre de la prise de décision administrative ?
- 3) La législation interdit-elle explicitement l'utilisation de certaines applications ADM (y compris l'IA) par les Administrations publiques ?
- 4) Pour autant que les autorités administratives sont autorisées à utiliser les systèmes ADM, quels sujets sont régis par la législation en matière de prise de décision algorithmique par les autorités administratives ?
- 5) Une législation interne visant à réglementer l'utilisation de systèmes ADM et/ou de l'IA par les autorités administratives est-elle en cours de préparation ?

Tableau 1 : réponses aux questions 1 à 5

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5
Allemagne	oui	non	oui	Droit de recevoir toute explication utile ; d'obtenir une intervention humaine ; au respect de la vie privée	oui
Belgique	non		oui		non
Bulgarie	non	non	non		non
Croatie	non	non	non		non
Danemark	non		non	pas de thème spécifique, mais nécessité de respecter les lois danoises relatives à l'administration publique et à l'information du public, ainsi que les principes juridiques généraux complétant la législation	non
Espagne	oui	non	non	droit d'être informé ; à la non-discrimination ; d'obtenir une intervention humaine ; au respect de la vie privée	oui
Estonie	non	non	non		oui
Finlande	non				oui
France	oui	non	oui	droit d'être informé ; de recevoir toute explication utile ; d'obtenir une intervention humaine ; d'accès au code du logiciel	non
Hongrie	non	non	non		non
Lettonie	oui	non	oui	droit d'être informé ; à la non-discrimination ; d'obtenir une intervention humaine ; au respect de la vie privée	oui
Lituanie	non	non	non	droit d'obtenir une intervention humaine ; d'accès au code du logiciel	non

	Q1	Q2	Q3	Q4	Q5
Monténégro	non		non		non
Norvège	oui	non	oui	droit d'obtenir une intervention humaine ; au respect de la vie privée ; au contrôle qualité régulier	non
Pologne	non		non		non
Portugal	oui	non	non	droit d'être informé ; de recevoir toute explication utile ; à la non-discrimination ; d'obtenir une intervention humaine ; au respect de la vie privée	non
République de Macédoine du Nord	non	non	non		non
République tchèque	non	non	non		non
Slovénie	non		non		non
Suède	oui	non	non	droit de recevoir toute explication utile ; de non-discrimination ; au respect de la vie privée	non
Suisse	oui	oui	non	droit d'être informé ; à la non-discrimination ; d'obtenir une intervention humaine ; d'accès au code du logiciel ; au respect de la vie privée	non
Türkiye	non		non		non
Ukraine	non	non	non		oui

Questions

- 6) *Quelles sont les applications d'IA connues de vos autorités administratives nationales ?*
- 7) *Les autorités administratives ont-elles adopté des politiques auto-contraignantes encadrant l'utilisation des systèmes ADM ?*
- 8) *Quelles approches sont-elles adoptées pour concilier l'utilisation des systèmes ADM et la notion juridique de pouvoir discrétionnaire administratif ?*
- 9) *La collaboration d'entités privées avec l'Administration pour élaborer et déployer des systèmes ADM de prise de décision administrative soulève-t-elle des questions juridiques dans votre pays ?*

Tableau 2 : réponses aux questions 7 à 9 (exécutif)

	Q7	Q8	Q9
Allemagne	oui	voir les réponses aux questions 1 et 5	
Belgique	non	s/o	non
Bulgarie	non	s/o	non

	Q7	Q8	Q9
Croatie	non	s/o	non
Danemark	non	respect des lois danoises relatives à l'administration publique et à l'information du public, ainsi que des principes juridiques généraux complétant la législation	non
Espagne	non	par principe, le pouvoir discrétionnaire administratif est encadré par les mêmes limites, que les décisions soient prises ou non à l'aide d'un systèmes ADM.	non
Estonie	non	toute décision discrétionnaire est présumée particulière et unique	non
Finlande	non		oui
France	non	l'Administration conserve un pouvoir discrétionnaire dans les décisions qu'elle adopte sur la base d'un traitement automatisé de données à caractère personnel	oui
Hongrie	oui		non
Lettonie	non	amende minimum en cas de systèmes ADM	non
Lituanie	oui	nécessité d'une intervention humaine	non
Monténégro	non		non
Norvège	oui	la législation norvégienne concernant les systèmes ADM interdit, dans plusieurs cas, l'utilisation de ces systèmes dans les décisions qui nécessitent une application discrétionnaire de la loi, à moins que la loi ne laisse en réalité aucune place au doute	oui
Pologne	oui	voir réponse à la question 6	oui
Portugal	oui	voir réponse à la question 8	non
République de Macédoine du Nord	non	stratégie nationale en matière d'IA	
République tchèque	non		non
Slovénie	non		
Suède		Nécessité d'une intervention humaine	
Suisse	oui	La nouvelle loi fédérale sur la protection des données dispose que le responsable du traitement doit accorder à la personne concernée, si elle le demande, la possibilité d'exprimer son opinion dans le cas d'une décision individuelle automatisée.	non
Türkiye	oui		non
Ukraine	non		

Questions

- 10) Existe-t-il une jurisprudence de juridictions traitant spécifiquement de l'utilisation de systèmes ADM par les autorités administratives ?
- 11) Dans l'affirmative, existe-t-il une jurisprudence de juridictions traitant spécifiquement de l'utilisation de l'IA par les autorités administratives ?

- 12) *Quels principes généraux de bonne administration jouent un rôle dans la jurisprudence relative à l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives ?*
- 13) *Quels sont les principaux sujets traités par la jurisprudence en matière d'utilisation de systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives ?*

Tableau 3 : réponses aux questions 10 à 13 (judiciaire)

	Q10	Q11	Q12	Q13
Allemagne	non	non		
Belgique	non			
Bulgarie	non	non		
Croatie	non	non		
Danemark	non	non		
Espagne	non	non	neutralité technologique ; accessibilité ; facilité d'utilisation ; interopérabilité ; proportionnalité ; principe de personnalisation et de proactivité	
Estonie	non	non		
Finlande	non			
France	oui	oui	principe de proportionnalité ; principe de non- discrimination	utilisation de systèmes ADM/IA ; respect de la vie privée
Hongrie	non	non		
Lettonie	non		principe d'interdiction de l'arbitraire	
Lituanie	oui	non	droit d'être entendu ; proportionnalité ; non- discrimination ; égalité des moyens ; droit d'être dûment informé de ses droits et de son statut juridique ; droit à une procédure fondée sur des données probantes et à une procédure contradictoire	utilisation de systèmes ADM/IA ; explicabilité
Monténégro	non	non		
Norvège	non	non		
Pologne	non	non		
Portugal	oui	non		
République de Macédoine du Nord	non	non		
République tchèque	oui	non	justification : les principes d'interdiction de l'abus de	Explicabilité des décisions administratives

	Q10	Q11	Q12	Q13
			pouvoir et de pouvoir discrétionnaire de l'Administration, ainsi que le principe de protection de l'intérêt général	
Slovénie	non			
Suède	non	non		
Suisse	non	oui	droit d'être entendu ; proportionnalité ; non-discrimination ; légalité	respect de la vie privée
Türkiye	non			
Ukraine	non	non		s/o (mais applications envisageables dans un avenir proche)

Questions

- 14) La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) joue-t-elle un rôle dans la réglementation de l'utilisation des systèmes ADM (y compris l'IA) par les autorités administratives de votre pays ?
- 15) Dans votre pays, d'autres instruments du Conseil de l'Europe jouent-ils un rôle dans la réglementation de l'utilisation de l'IA par les autorités administratives (dans la législation, les règles politiques ou la jurisprudence) ?
- 16) Les lacunes du droit administratif en matière de réponses à apporter aux questions soulevées par les systèmes ADM et l'IA en particulier dans le contexte de la prise de décision administrative sont-elles débattues dans la doctrine juridique nationale ?

Tableau 4 : réponses aux questions 14-16 (Conseil de l'Europe)

	Q14	Q15	Q16
Allemagne	oui	non	oui
Belgique	oui	non	non
Bulgarie	non	non	non
Croatie	oui	non	non
Danemark			
Espagne	oui	oui	non
Estonie	oui	oui	non
Finlande	non	non	oui
France	oui	oui	non
Hongrie		non	
Lettonie	oui	oui	oui
Lituanie	oui	oui	non
Monténégro	non	non	non

	Q14	Q15	Q16
Norvège	oui	non	oui
Pologne	oui	oui	oui
Portugal	oui	oui	oui
République de Macédoine du Nord	non	non	non
République tchèque	oui	oui	oui
Slovénie	non	non	oui
Suède	non	non	oui
Suisse	oui	oui	oui
Türkiye	non	non	oui
Ukraine			