

L'acte administratif numérique

Projet de thèse sous la direction des professeurs Pierre Tifine ¹ et Philippe Cossalter ²

Soumis dans le cadre du programme DigiTrust

Sommaire de la présentation

1. Argument sur le sujet proposé.....	2
Les actes concernés.....	3
Le champ de la recherche : une comparaison et une recherche interdisciplinaire	3
2. Caractère novateur du sujet.....	4
3. Possibilité d'applications concrètes et de diffusion vers le grand public.....	5
Le sujet est d'un intérêt pratique extrême	5
L'un des enjeux majeurs du sujet : le droit à un recours effectif.....	5
4. Autour de la thèse : une série de recherches coordonnées.....	6

¹ Professeur de droit public à l'Université de Lorraine, faculté de droit économie et administration de Metz. Doyen de la faculté. Ancien directeur adjointe de l'IRENEE.

² Professeur de droit public français à l'Université de la Sarre. Doyen en charge des études. Directeur du Centre juridique franco-allemand. Directeur de l'institut d'informatique juridique.

1. Argument sur le sujet proposé

L'acte administratif est le principal instrument des relations entre l'administration et le citoyen.

Il intervient dans tous les domaines de la vie en société : pour obtenir une autorisation (occupation du domaine public, permis de construire), un avantage à discrétion (subvention) ou sur la base d'un droit acquis (nomination sur concours) ; pour se voir imposer une sujétion ou une interdiction (actes de police administrative). Il se rencontre dans tous les champs : police, urbanisme, construction, fonction publique.

L'analyse du résultat final du processus (l'acte) est classique et très bien documentée. La théorie en est foisonnante et assez stabilisée. L'étude du processus d'élaboration est plus récente mais ne pose pas de question de grande actualité.

La dématérialisation des procédures et plus encore l'intervention de l'algorithme et de l'intelligence artificielle changent fondamentalement le paradigme de l'étude de l'acte administratif.

S'il existait une règle fondamentale qui irriguerait à elle seule la théorie et le régime juridique de l'acte administratif, ce serait celle-ci : l'acte est le résultat d'une volonté humaine, puisqu'il est en tant qu'acte juridique une « expression de volonté destinée à créer des effets de droit »³.

L'intervention d'une « aide » à la décision rompt le lien direct qui existe entre la volonté humaine et l'expression de volonté s'imposant aux destinataires.

C'est la principale problématique de l'acte administratif numérique. Cette problématique vertigineuse nécessite une recherche d'ampleur sur le sujet.

* * *

L'acte administratif numérique peut être appréhendé dans sa forme ou son processus d'élaboration⁴.

La forme numérique ou électronique de l'acte pose d'importantes questions, concernant notamment la signature, la conservation et le mode de preuve. Mais le caractère statique de la problématique de l'acte administratif numérique permet son appréhension sous l'angle de la seule légalité externe

³ Selon une définition classique, « l'acte administratif est un acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative, portant sur l'ordonnancement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement ». Pierre Delvolvé, Encyclopédie Dalloz « Contentieux administratif », voce « Acte administratif ».

⁴ Sur les différentes formes de l'acte administratif électronique : Saitta (Fabio), « Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo », *Diritto amministrativo elettronico*, juillet 2003.

(compétence du signataire, forme et procédure d'adoption), sans faire intervenir d'autres considérations.

C'est lorsque l'acte administratif est à « élaboration numérique » qu'émergent les difficultés véritables.

Le processus d'élaboration de l'acte administratif au moyen d'un ou de plusieurs algorithmes peut poser de nombreuses questions de légalité, aussi bien externe (forme, compétence, procédure) qu'interne (fondements légaux, motifs de la décision).

Sur le plan de la légalité externe toutes les questions posées par l'acte de forme numérique se posent à nouveau, de manière encore plus prégnante.

Quant à la légalité interne, tous les moyens du contrôle peuvent être impactés. Si le code est de la loi⁵ dans le sens où le code prédétermine strictement le résultat qui sera obtenu⁶ alors il est nécessaire de contrôler la conformité de cette « loi interne » à la loi en général. Si l'algorithme se fonde sur des « données » voire suffisamment de données pour que l'on parle de « big data » l'on sait que l'exactitude matérielle des faits fondant une décision fait normalement l'objet d'un contrôle de la part du juge administratif. Comment cela peut encore être le cas avec un jeu de données potentiellement illimité ou en tout cas non dénombrable ? Enfin, la décision adoptée, qu'elle le soit par l'algorithme ou sur son fondement, doit respecter les principes de la qualification juridique des faits. Or rapporter les faits au droit est, en raison des nombreux « biais » pouvant frapper le processus électronique de décision, parfois très difficile à établir.

D'un autre côté, la participation partielle ou complète de la machine au processus de décision pourrait permettre de réduire une part d'arbitraire administratif.

Les actes concernés

Les actes administratifs concernés peuvent être à première vue uniquement les actes administratifs individuels, c'est-à-dire les actes nominatifs. Une extension aux actes réglementaires (non nominatifs) doit cependant être envisagée. La recherche pourra en effet éventuellement porter sur des actes pris pour l'administration d'une *smart cities*, comme l'ouverture ou la fermeture automatique de voies de circulation, des restrictions temporaires de fourniture d'énergie, etc. De telles décisions, si elles peuvent être considérées comme des actes administratifs, ne peuvent être que réglementaires.

Surtout, l'analyse ne doit pas porter sur l'acte final, celui qui est notifié (acte individuel) au citoyen destinataire ou publié (acte réglementaire) à l'attention de l'ensemble des destinataires, mais sur le *processus* d'élaboration de l'acte. Cela rend la prise en compte du résultat final secondaire par rapport à l'analyse du processus d'élaboration de l'acte.

Le champ de la recherche : une comparaison et une recherche interdisciplinaire

⁵ Pour citer la célèbre formule « code is law ».

⁶ Bien que certains algorithmes soient dits non-déterministes en ce que leur résultat n'est pas prévisible.

Comparaison. Il est peu envisageable de ne pas faire de recherche comparée sur un tel sujet. La raison tient en premier lieu au fait que la doctrine italienne étudie depuis très longtemps le sujet de l'acte administratif électronique. L'étude a peut-être été engagée de l'autre côté des Alpes un peu tôt : à une époque où l'automatisation et les perspectives de la « cybernétique » étaient encore balbutiantes. Mais il existe un appareil théorique riche.

L'autre Etat devant être analysé est l'Allemagne, où le droit des procédures administratives contentieuses est très structuré et bien théorisé.

D'autres Etats peuvent être étudiés dans un souci d'exhaustivité mais un soin devra être apporté à ne pas démultiplier les objets d'étude pour ne pas s'égarer.

Interdisciplinarité. La recherche doit être interdisciplinaire, mais pas trop !

La connaissance intime des processus d'élaboration de l'acte administratif électronique est un impératif pour la recherche entreprise. Il s'agit de comprendre par quels processus un « algorithme » peut participer à un processus de décision. Il est également nécessaire de se consacrer aux procédures de conception des logiciels pour savoir qui prend (ou qui ne prend pas) en charge la rédaction des cahiers des charges et comment ceux-ci sont « traduits » en code. Il est également nécessaire de prendre la mesure du caractère contrôlable (ou incontrôlable) du code source et du jeu de données utilisé pour aboutir à telle ou telle solution.

Mais il est nécessaire de rester très attentif à conserver au travail une exigence éminemment juridique. La recherche doit être utile aux juristes de droit public et à l'administration publique et ne pas être une cote mal taillée, un travail mal ajusté entre deux mondes qui s'ignorent et qu'il faut faire dialoguer. Pour être « lisible » et être « reçu » dans le monde juridique, la thèse doit être très bien structurée sur le plan de la théorie juridique mais également très pratique.

* * *

2. Caractère novateur du sujet

Une recherche dans la base des thèses (www.theses.fr) en préparation ou soutenues n'a pas permis d'identifier de sujet approchant, exprimé en tout cas sous la forme d'une recherche sur la théorie de l'acte administratif.

Il est évident pourtant que sur cette recherche est d'une très grande actualité et qu'elle interroge un grand nombre de sujets connexes : la confiance du citoyen dans son administration, le contrôle de l'action publique, la participation du citoyen dans le processus de décision, la justiciabilité de l'action administrative.

Un exemple eut être pris, qui est très illustratif des enjeux.

Un processus comme « Parcours sup » a impliqué l'usage d'un logiciel gérant, classant et affectant tous les « vœux » des lycéens souhaitant intégrer une formation supérieure.

La contestation de chaque décision prise individuellement a peu de sens. Il est nécessaire de permettre un contrôle en amont, sur le processus de prise de décision, à travers l'analyse du logiciel.

La justiciabilité du processus d'affectation nécessite alors que soient interrogées toutes les procédures extra-juridictionnelles (procédures administratives non-contentieuses, participation du public) et contentieuses pour permettre une intervention des citoyens en amont. L'idéal étant une procédure permettant d'avoir accès au cahier des charges du marché public commandant la solution logicielle pour étudier le cahier des charges du logiciel (s'il existe !) et vérifier notamment : la conformité du projet à la loi, l'absence d'erreur de transcription des prescriptions légales, l'analyse des « librairies » utilisées lorsque, comme ce sera souvent le cas, la solution élaborée nécessite le recours à des logiciels existants achetés en tout ou partie « sur étagère ».

Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, mais il est très illustratif des problématiques du sujet.

* * *

3. Possibilité d'applications concrètes et de diffusion vers le grand public

Le sujet est d'un intérêt pratique extrême

L'évolution actuelle des processus de décision, le perfectionnement des solutions proposées aux administrations publiques à travers le développement notamment des « smart cities », les nouveaux logiciels experts permettant de gérer la paie, la comptabilité, les autorisations d'urbanisme, la gestion des flux de circulation, etc... nécessite que soient engagées aujourd'hui les recherches qui porteront sur les réalités de demain. L'urgence de porter une analyse juridique structurée est avérée.

Les résultats de la recherche pourront être utiles en fin de thèse, mais aussi par étapes (v. *infra*).

Le résultat de la recherche peut servir à proposer une initiative européenne, afin d'adapter la procédure administrative non-contentieuse pour assurer la justiciabilité de l'acte administratif numérique.

L'un des enjeux majeurs du sujet : le droit à un recours effectif

Le droit à un recours effectif est garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁷ et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ⁸.

Or il n'est pas possible de garantir ce droit si l'acte administratif, dont on a vu qu'il concerne potentiellement tous les domaines de la vie en société, ne peut pas faire l'objet d'un contrôle effectif.

⁷ Article 13 Conv. EDH : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

⁸ Article 47 CDFUE : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Qu'il s'agisse de normes incitatives (Nudge theory) ou de Soft law mais surtout d'actes administratifs pris dans des domaines et selon des formes plus classiques (actes de police, autorisations de construire, avancement de carrière, mobilité des fonctionnaires, etc...) il est nécessaire qu'une **théorie solide** soit construite, et que des solutions concrètes **soient proposées**.

Parmi les éléments théoriques l'on peut noter : est-il admissible que le deep learning puisse participer ou même remplacer la décision administrative (l'on peut penser que non), peut-on accepter le hasard ou l'aléa (dans le cadre d'algorithme non-déterministes), la solution la mieux fondée techniquement est-elle la plus acceptable sur le plan des principes démocratiques.

Parmi les objets pratiques, nous l'avons noté, figure en premier lieu le droit à un recours effectif. Mais nous pouvons aussi noter la structuration classique du des catégories d'actes administratifs selon leurs destinataires⁹, leur forme ou leur auteur ; la formalisation du pouvoir discrétionnaire (le choix entre plusieurs solutions légales) et son contrôle ; l'établissement d'un « langage administratif » adapté permettant de transformer les contraintes légales en instruction intelligibles à l'informaticien.

Il ne s'agit de rien de moins que l'un des plus importants enjeux de démocratie au XXIème siècle.

* * *

4. Autour de la thèse : une série de recherches coordonnées

Dans le cadre du financement LUE accordé pour une précédente thèse en cours de réalisation (Anne-Claire Mansion, « Blockchain et droit public »), l'IRENEE, en partenariat avec l'Université de la Sarre, a organisé les premiers « Printemps du droit et du numérique ». Les 12 et 13 avril 2018 a eu lieu un premier colloque d'un intérêt évident : « Les algorithmes publics ». Les actes en sont publiés au fil de l'eau à la revue électronique « Revue générale du droit » créée et administrée par la Chaire de droit public français dirigée par le professeur Philippe Cossalter.

Nous joignons au présent projet trois articles publiés ou en cours de publication.

Les 2^{ème} « Printemps du droit et du numérique » réuniront les 7 et 8 juin 2019 des chercheurs de tous les horizons aux Universités de la Sarre et de Lorraine pour réfléchir aux contrats publics dans le monde numérique. La question de l'accès aux cahiers de charges des marchés publics d'achat de logiciels d'aide à la décision administrative seront abordés.

La thèse proposée apportera une dynamique encore renouvelée sur ces thèmes d'un intérêt majeur, en permettant de structurer une réflexion à double sens (vers le chercheur mais aussi du chercheur et de ses directeurs vers le monde académique) et d'envisager des sous-thèmes de recherche. Parmi ces sous-thèmes l'on peut penser à « la forme de l'acte administratif numérique », « l'élaboration de l'acte administratif numérique » ou encore « les catégories d'actes administratifs numériques ».

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

⁹ Acte individuel, réglementaire ou « ni réglementaire ni individuel ».

* * *

Pièces jointes au projet

- CV des professeurs Tifine et Cossalter
- 3 articles issus du premier « Printemps du droit et du numérique »
 - Jean-Bernard Auby, « Algorithmes et Smart Cities : Données Juridiques », Contribution au colloque "Les algorithmes publics" des 12 et 13 avril 2018 à l'Université de Lorraine (Metz) ' : Revue générale du droit on line, 2018, numéro 29878 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29878)
 - Giorgio Mancosu, « Les algorithmes publics déterministes au prisme du cas italien de la mobilité des enseignants », Contribution au colloque "Les algorithmes publics" des 12 et 13 avril 2018 à l'Université de Lorraine (Metz) ' : Revue générale du droit on line, 2018, numéro 29646 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=29646)
 - Pierre Tifine, « Rapport de synthèse », Contribution au colloque "Les algorithmes publics" des 12 et 13 avril 2018 à l'Université de Lorraine (Metz) ' : Revue générale du droit on line, en cours de publication