

Le regard de l'administration

Pascal OTHEGUY,

ancien directeur de cabinet des ministres chargés de la réforme de l'État (2014-2016)

La question du droit public à l'heure/ère du numérique s'inscrit bien évidemment dans un contexte plus vaste : celui de la numérisation du fonctionnement de l'administration et de ses relations avec l'administré ou le justiciable.

1/ Il ne s'agit pas d'un phénomène récent. Sans tomber dans le facilité de l'histoire administrative, l'introduction du numérique dans le fonctionnement de l'administration a maintenant près de 40 ans. Mais il s'agissait alors de « mécanisation numérique » du fonctionnement administratif (l'unité de traitement se substituant à la vieille machine à écrire et à la calculatrice). Avec le Minitel, des interactions numériques entre l'utilisateur et l'administration pouvaient intervenir. Mais là encore il s'agissait tout au plus de substituer alors les signaux digitaux au vieux courrier. A droit constant.

Avec le rapport « la France sur Internet » de Patrick BLOCHE, auquel j'ai eu le plaisir de contribuer en 1999, puis avec le PAGSI, plan pour l'accès à une société de l'information, une autre étape était engagée. Qui conduira à ce qu'en 2014, la France soit désignée, par l'Organisation des Nations Unies, nation la plus avancée en Europe, et quatrième dans le monde, pour l'administration numérique. La reconnaissance de l'excellence numérique de l'Etat français par la communauté internationale traduisait ainsi une décennie d'efforts, la création de plus de 110 téléprocédures sur service-public.fr, la connexion connectée à 100% de l'administration à l'Internet, la numérisation de Légifrance et un JO désormais uniquement numérique depuis 2016.

Cette évolution accompagnait bien évidemment les attentes de nos concitoyens: plus de 8 Français sur 10 sont connectés à l'internet fixe et/ou mobile. Un nombre croissant d'entre eux souhaite effectuer leurs démarches en ligne (85% se déclarant prêts à réaliser en ligne toutes leurs interactions avec l'administration et ce même si un changement profond de leurs habitudes était nécessaire). Service-public.fr, qui a fêté ses 17 ans d'existence en octobre 2017, est devenu le site de référence des usagers de l'administration. Il a enregistré, en 2017, 290 millions de visites (dont 40 % via des appareils mobiles). Plus de la moitié (53%) de nos concitoyens choisissent de payer leurs impôts de manière dématérialisée. 86% des agriculteurs ont effectué en 2014 leur demande d'aide au titre de la Politique Agricole Commune (PAC) via Internet. 93% des français effectuent leur demande d'extrait de casier judiciaire en ligne. Mis en service en juin 2016, France Connect, le système d'identification et d'authentification en ligne de l'État permet aux usagers d'accéder à l'ensemble de leurs services publics en ligne sans devoir nécessairement disposer de comptes auprès d'eux. 18 mois après son lancement, il donne accès à 300 sites et enregistre trois millions d'utilisateurs.

Les procédures sont donc de plus en plus dématérialisées. La cible est clairement le "digital first", d'ici 2022, c'est-à-dire que les relations et les procédures soient à cette date nativement numériques et par exception seulement matérialisées.

2/ Cette évolution a supposé bien évidemment qu'ait été précisé le cadre juridique de ces échanges et de ces procédures et qu'aient été lucidement identifiés les points juridiques que cette évolution, incontournable, soulèvent.

Le statut juridique de ces échanges, la qualité juridique des engagements pris par voie dématérialisée ont été progressivement tranchés depuis le milieu des années 2000. Quelques uns des textes qui ont posé ce cadre juridique :

- depuis la loi du 13 mars 2000, l'écrit sur support électronique à la même force que sur support papier, une force confirmée par le récent arrêt de la cour de cassation (11 juillet 2018). Le décret du 30 mars 2001, pris pour l'application de cette loi détaille par ailleurs les modalités de mise en place de la signature électronique.
- Les décrets n°2005-972 et n°2005-973 en date du 10 août 2005 relatifs aux actes authentiques des notaires et des huissiers.
- L'ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives (ratifiée par l'article 138 I de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009).
- Le décret du 4 janvier 2006 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel sur support informatique.
- L'arrêté du 21 juin 2011 relatif à la signature électronique ou numérique en matière pénale, modifiant le code de procédure pénale.

Je passe sur les autres textes, et notamment l'ordonnance du 6 novembre 2014 sur le droit de saisir l'administration par voie numérique, et la loi du 7 octobre 2016 pour une république numérique, qui ont progressivement précisé ce cadre juridique, le tout étant désormais inscrit dans le code des relations entre l'usager et l'administration, dont j'ai eu le plaisir d'accompagner la préparation avec le secrétariat général du Gouvernement en 2016.

Ce code pose de manière claire désormais :

- les bases légales de ces échanges, dans sa section 2 relatives aux règles particulières d'échanges et de saisine par voie électronique et notamment le fait que toute personne, dès lors qu'elle s'est identifiée préalablement auprès d'une administration, peut, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, adresser à celle-ci, par voie électronique, une demande, une déclaration, un document ou une information, ou lui répondre par la même voie. Cette section précise les conditions dans lesquelles l'administration met en place un ou plusieurs téléservices, dans le respect des dispositions de loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés et des règles de sécurité et d'interopérabilité prévues aux chapitres IV et V de l'ordonnance du 8 décembre 2015.
- Il intègre également la contribution de la dématérialisation aux consultations des usagers, notamment pour les procédures relatives aux ICPE et aux règles environnementales (*Titre III dispositions relatives à l'association des usagers aux décisions prises par l'administration*)

- Ce code précise par ailleurs le régime applicable au droit de consultation par l'utilisateur des données détenues par l'administration (*Livre trois sur l'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques*) : cette partie étend aux informations numériques les obligations de communication déjà posée par la loi CADA. Elle y ajoute la communication des modes de fonctionnement de l'algorithme sur la base duquel une éventuelle décision aurait été prise.
- Enfin ce code décrit les principes du droit de réutilisation des données publiques, élément essentiel pour permettre le déploiement d'une administration publique « plateforme » à travers le déploiement d'une approche « dite le nous une fois ». Il confirme et précise par ailleurs le droit de réutilisation des données publiques, en décrivant notamment restrictivement les cas de perceptions de redevance. Il impose aux administrations la mise à disposition de données de références, dites données essentielles, dont la jurisprudence précisera sans doute le périmètre et le caractère prescriptif de l'obligation (rythme d'actualisation, certification etc.).

3/ Ce cadre n'a pas apporté de réponses à tous les écueils juridiques – des questions demeurent ouvertes auxquelles le législateur ou la jurisprudence devront apporter réponse - et, par nature, n'a pas encore tranché ceux liés aux évolutions qui sont devant nous. Quelques exemples pour nourrir le débat :

- L'exigence progressive d'une voie dématérialisée de droit commun pour les relations administratives se confronte aujourd'hui à la persistance, sans doute irrémédiable d'une partie d'utilisateurs en difficulté vis-à-vis de ce mode d'interaction. Si l'administration et les juridictions avaient historiquement fait l'impasse sur l'illettrisme (10 % des habitants tout de même.. .) en imposant le recours à l'écrit, il semble difficile d'en faire de même en imposant, sans alternative, la voie électronique. L'illectronisme, puisque c'est le terme consacré, existe. Il concerne à ce stade environ 12 % de la population française, soit près de 8 millions de nos concitoyens. Le gouvernement travaille à réduire cette « fracture » (programme pour l'inclusion numérique qui prévoit la capacité de formation au numérique de 1,5 millions de personnes par an). Les technologies, notamment l'IA, gommeront de plus en plus le sujet de l'interface (en clair, l'expression orale retraitée par l'IA et la reconnaissance vocale permettra d'interagir avec l'univers dématérialisé de manière intuitive). Mais quid de la période de transition et quid des réfractaires définitifs ? Doit-on juridiquement imposer à l'administration la persistance d'une voie « matérielle » (un utilisateur reçu physiquement et des pièces constituées en sa présence par l'administration) assumée directement par l'administration ou indirectement (opérateurs) et le cas échéant en sanctionner la carence ? Le récent épisode de la dématérialisation des titres d'identité et de circulation, avec notamment le bug sur les cartes grises éclaire utilement sans doute ce point. Pour ce qui concerne les juridictions administratives et toutes les procédures juridictionnelles reposant sur l'écrit, comment également gérer cette phase de transition ?
- Le consentement de l'utilisateur à l'échange d'informations personnelles au sein de l'administration ou plus largement au sein de la puissance publique est aussi une question. Le programme « dite le nous une fois » déjà évoqué supra repose sur le principe que chaque fois que l'utilisateur a donné des éléments d'information à une administration, celle-ci peut les communiquer à une autre.

Engagé pour les entreprises en 2018, le déploiement de ce programme, sur lequel repose par ailleurs France Connect, n'est pas stabilisé juridiquement : fin 2017, le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi sur la simplification (devenu loi au service d'une société de confiance) a averti le gouvernement: «*Un échange d'informations entre administrations est déjà possible sur le fondement de l'article L. 114-8 du Code des relations entre le public et l'administration*» mais la généralisation du dispositif suppose que soient résolues les faiblesses juridiques qui devaient être tranchées dans «*des décrets d'application qui n'ont toujours pas été pris*». L'une de ces faiblesses est celle du consentement. L'article L.114-8 et suivant ne parle que d'information de l'utilisateur. L'autre celle de certains secrets professionnels opposables, dont le secret fiscal. Ces sujets demeurent ouverts. Le règlement européen sur la protection des données à caractère personnel, entré en vigueur le 25 mai 2018, est venu par ailleurs encadrer la gestion à long terme des données par toutes les entités, publiques ou privées, traitant des données à caractère personnel. Certaines de ses dispositions pourraient limiter la portée du «*dite le nous une fois*» (consentement, effacement des données détenues au titre du droit à l'oubli).

- Ce point n'est déjà pas neutre. Il devrait l'être encore moins dans la phase suivante de l'administration numérique, telle qu'elle se dessine : au nom de l'accès réel aux droits émerge progressivement ce que l'on appelle l'administration «*en push complet*», qui est des éléments clés de la personnalisation du service public à l'ère numérique : pour faire simple, et je vais essayer de ne pas être trop technique, demain, dans la mesure où l'administration dispose d'informations montrant qu'un usager n'a pas réalisé un droit ou que l'un de ses titres arrive à échéance, elle pourra déclencher automatiquement l'émission du titre ou l'avènement du droit. Cela existe déjà dans le secteur privé : quand une carte bleue arrive à échéance la banque adresse à son client un courrier comprenant la carte déjà renouvelée. Il pourrait en être de même pour les cartes d'identité. Cela commence dans le secteur de la protection sociale pour la réalisation des droits sociaux, potentialisant ce qui avait été identifié via le démonstrateur «*mes-droits.fr*» lancé par le secrétariat d'Etat à la réforme de l'Etat en octobre 2014. Une telle révolution (retournement des procédures) entraînera demain une évolution dans la notion de responsabilité de l'administration, qui pourrait être tenue pour responsable de la non potentialisation d'un droit, ou d'une perte de chance, du fait d'une carence dans ses capacités de traitement. Et les seules clauses d'exonération de cette responsabilité reposeront sans doute sur le sujet des données détenues, l'administration devant démontrer qu'elle pouvait ne pas savoir, du fait notamment de la mobilisation par l'utilisateur de capacités liées au consentement, ou à la destruction des données.
- Puisque nous en sommes sur le sujet de la détention des données, se pose bien évidemment le sujet de la conservation et la mutabilité des supports numériques portant ces informations : l'obligation d'archivage et de conservation des documents publics est inscrite dans notre droit (code du patrimoine). Elle s'impose progressivement aux documents numériques, y compris les messageries. Si sur le plan technique, je pense notamment au programme VITAM lancé avec l'aide du PIA, commencent à se mettre en place les conditions de la réalisation effective de cet archivage et de la mutation technologique de moyens de conservation des données, le cadre juridique sanctionnant son défaut n'existe pas. Or la donnée numérique est et sera de plus en plus la donnée probante dans de nombreuses procédures administratives.

Il y a donc là une responsabilité de l'hébergeur en dernier ressort que sont les administrations qu'il convient de définir pour, le cas échéant, en sanctionner la carence.

On le voit, et ce ne sont ici que quelques illustrations, le contexte créé par la transformation numérique du fonctionnement de l'administration et de ses relations avec les usagers, ouvre depuis son introduction dans les pratiques administratives, un champ de questions juridiques tout autant que techniques et organisationnelles dans lequel le juge administratif, au-delà des conséquences sur son fonctionnement propre, aura à se prononcer.

Cette évolution place d'ores et déjà le juge administratif dans un rôle de contrôleur ex post :

- de l'effectivité des dossiers et de l'existence juridique des décisions dématérialisées ou de leur substitut matériel lorsque ceux-ci sont contestés (cf la jurisprudence fournie sur les signatures électroniques)
- du consentement au partage d'informations numériques de l'utilisateur
- de l'accès aux données le concernant (cf jurisprudence CADA)

demain, il aura sans doute également à se prononcer sur la décision "assistée" de l'administration, et sur la responsabilité de l'autorité administrative : nos prises de décision publiques sont, d'ores et déjà, comme sans doute celles du juge administratif ainsi que l'avait clairement et fort intelligiblement posé certains des intervenants lors de l'audience solennelle de rentrée du TA de Montpellier en 2018, de plus en plus assistées. Il est probable que le déploiement des algorithmes se traduise par des décisions automatiques (d'où la nécessaire transparence sur le fonctionnement de ces modèles). Comment s'analyse dans ce cas-là la responsabilité de l'autorité administrative, dépendante de la qualité d'un modèle conçu par des professionnels du numérique et dont elle est en incapacité de mesurer, voir même de comprendre, les principes de fonctionnement, principes eux-mêmes évoluant spontanément sans cesse puisque nos IA sont de plus en plus auto apprenantes (deep-learning). Quel est le régime de responsabilité dans ce cas ?

Conclusion : vue de l'administration, nous sommes collectivement engagés dans un mouvement de transformation puissant, infiniment renouvelé, pour adapter l'action publique à une société de plus en plus numérique. Ce mouvement interroge non seulement nos pratiques et la nature même du service public qui peut-être délivré, mais également certaines règles juridiques mises en place, patiemment, dans l'ère antérieure. Le droit administratif accompagne cette évolution. Il préserve, souvent, les principes antérieurs, en les transposant dans numérique. Il innove, parfois, pour prendre en compte les spécificités de l'ère numérique, notamment en termes de protection des données personnelles. Il attend, enfin, comme l'ensemble du droit, les changements plus structurants consécutifs à la montée en puissance de l'intelligence artificielle auto-apprenante, qui impliquera une réflexion de fond sur les limites à y poser, y compris éthiques, et les régimes de responsabilité afférents qui sont sans doute à redéfinir.