

# L'accès numérique au droit

Par Roseline LETTERON

Professeur de droit public, Sorbonne Université

L'accès au droit est une notion englobante qui renvoie à une diversité de procédures, également liées à l'exercice des libertés. L'accès au droit, c'est évidemment le droit au recours, l'accès au juge, avec l'assistance éventuelle d'un avocat. Mais c'est d'abord la transparence de la norme juridique, son accessibilité, indépendamment de tout recours juridictionnel. Chacun a le droit de connaître la règle juridique susceptible de lui être appliquée, et le devoir de l'État est précisément d'assurer cette mise à disposition. Cette préoccupation est ancienne pour les textes législatifs et réglementaires. Il est d'usage de faire remonter le *Journal officiel* à *La Gazette* de Théophraste Renaudot, créée en 1631. Depuis un décret du 5 novembre 1870, le *Journal officiel*, aujourd'hui dématérialisé, a le monopole de la publication des actes législatifs et réglementaires.

Un mouvement de même nature a permis l'accès aux décisions de justice, avec une différence notable cependant puisque cette diffusion a été placée sous le contrôle des juridictions suprêmes. En créant le tribunal de cassation, la loi des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 impose l'impression de tous les jugements rendus, sous forme de « placards et feuillets » tirés à quelques centaines d'exemplaires. L'ensemble est ensuite réuni dans un bulletin officiel qui devient, dès 1798, le *Bulletin officiel de la Cour de cassation*. Beaucoup plus récemment, une loi du 23 juillet 1947 crée un service de documentation au sein de la Cour, chargé d'élaborer un fichier central de la jurisprudence. Les décisions du Conseil d'État, quant à elles, ont d'abord été rassemblées par les avocats aux conseils dans un recueil qui deviendra le recueil Lebon. Après la Seconde Guerre mondiale, le Conseil d'État a développé, lui aussi, son propre service de documentation. Cette évolution parallèle a permis le développement d'une culture historique de l'accès au droit.

Les évolutions technologiques liées à la création des fichiers informatiques et à leur mise en réseau par Internet n'ont pas immédiatement modifié cette approche traditionnelle. Un décret du 24 octobre 1984 a créé un service public des banques et bases de données juridiques, devenu, avec un décret du 7 août 2002, un service public de la diffusion du droit par Internet<sup>(1)</sup>. Mais les données accessibles demeuraient les mêmes, c'est-à-dire l'intégralité des lois et décrets et une part relativement modeste des décisions des juridictions, l'ensemble étant réuni sur le site Légifrance. La Cour de cassation et le Conseil d'État continuaient à choisir les décisions susceptibles d'être diffusées, y compris celles rendues par les juges du fond. Conservées dans un fichier géré par la Cour de cassation, Jurica, ces décisions de cours d'appel n'étaient accessibles qu'au personnel du ministère de la Justice, ou vendues à des éditeurs privés qui les intégraient ensuite à des bases de données accessibles sur abonnement. L'accès à la jurisprudence demeurerait donc une affaire de spécialistes.

La loi Lemaire du 7 octobre 2016 pour une République numérique vient bouleverser cette organisation<sup>(2)</sup>. Ses articles 20 et 21 posent le principe d'une diffusion de l'ensemble des décisions de justice, diffusion non sélective, seulement limitée par des considérations liées à la vie privée des personnes mentionnées et au risque causé par leur identification. Les juridictions suprêmes se

(1) Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par Internet, *JO* du 9 août 2002, p. 13 655.

(2) Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JO* du 8 octobre 2016, texte n°1.

voient ainsi privées du droit de faire un tri entre leurs décisions. Toutes celles des juges du fond devraient en outre figurer dans ce corpus qui deviendrait un big data des décisions de justice.

Cette diffusion s'accompagne d'un droit à la réutilisation des données, prérogative qui a suscité le développement rapide de la legaltech, formule générique désignant le secteur privé de l'intelligence artificielle travaillant sur les données juridiques. Il ne se contente pas de les diffuser, mais est doté d'outils d'intelligence artificielle performants, capables d'établir des profils, d'opérer des classements, des statistiques. Il devient alors techniquement possible d'envisager avec précision les chances de succès d'un recours, le montant exact de dommages et intérêts susceptibles d'être accordés pour un préjudice, voire de connaître le juge le plus généreux d'un tribunal en matière de pension alimentaire.

L'accès numérique au droit offre ainsi des potentialités bien supérieures à la seule diffusion des textes et des décisions de justice, potentialités qu'il n'est sans doute pas encore possible de saisir dans toute leur ampleur. Mais on peut dès maintenant s'interroger sur les bouleversements qu'il va susciter dans le rapport au droit, dans son contenu, et dans la manière dont la justice est rendue.

## **Le rapport au droit**

L'accès à l'intégralité des décisions de justice conduit à introduire une double horizontalité. Elle concerne d'abord les utilisateurs, la transparence des décisions de justice s'adressant potentiellement à tous, professionnels du droit et simples citoyens, requérants, justiciables ou simples curieux. Certes, l'open data met fin à la médiatisation de l'accès à l'information, mais il ne s'agit pas pour autant de démocratisation. Les moteurs de recherche collectent les décisions de justice, les mettent en ordre, mais ne les expliquent pas. Le rôle des intermédiaires que sont les avocats n'est pas menacé, même s'il est transformé. En effet, les algorithmes leur permettront d'offrir à leurs clients des analyses plus élaborées sur les chances de succès d'un recours, en intégrant notamment des analyses statistiques.

L'horizontalité est aussi celle de la jurisprudence. L'approche purement quantitative de l'open data conduit à rendre accessible l'ensemble des décisions des juges de fond, au même titre que celles rendues par les juridictions suprêmes. La hiérarchie traditionnelle reposant sur la supériorité des décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation peut sembler menacée. Les avocats comme les magistrats pourraient ainsi être tentés de s'inspirer directement d'une décision des juges du fond, plus proche dans les faits de l'affaire qu'ils traitent, ou plus récente que l'arrêt d'une cour suprême.

Les juridictions suprêmes ont perçu le risque d'une perte de contrôle sur la jurisprudence des juges du fond. Le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, déclarait ainsi dans un colloque organisé par les avocats aux conseils en février 2018 : « L'open data a tendance à araser toute différence entre les niveaux des décisions de justice, à remettre en cause toute hiérarchie entre les différentes formations de jugement. Tout serait égal et tout se vaudrait. » Derrière cette formulation apparaît une mise en garde. Les juges suprêmes ont en effet pour fonction de conférer une cohérence à la jurisprudence, de permettre le repérage des décisions importantes, mission qui ne saurait être dévolue à des algorithmes. La politique actuelle, largement impulsée par les responsables des plus hautes juridictions, vise donc à rétablir la verticalité, en assurant la hiérarchie des décisions et la suprématie des juridictions suprêmes. Dans ce même colloque, le premier président Bertrand Louvel déclarait ainsi que l'open data est « une évolution d'envergure que la Cour de cassation a le devoir de se mettre en situation de piloter ». L'open data est donc au cœur d'un enjeu de gouvernance et le rapport Cadiet remis à la ministre de la Justice en janvier 2018 rédige en ces termes sa toute première recommandation : « Confier aux juridictions suprêmes le pilotage des dispositifs de collecte automatisée des décisions de leur ordre de juridiction respectif (...) et la gestion des bases de données ainsi constituées. »

Ce choix de la verticalité repose sur une logique de service public et une volonté d'assurer une unité de la jurisprudence. Pour le moment, sa mise en œuvre effective demeure toutefois délicate. Les juridictions suprêmes ont des difficultés à assurer cette fonction de pilotage, faute de moyens techniques et financiers. En revanche, les réutilisateurs privés, entreprises de la legaltech, disposent de ces moyens et le droit positif les autorise à collecter et à réutiliser les données. L'open data des décisions de justice risque ainsi de devenir une réalité marchande avant que le service public soit réellement en état de fonctionner.

## **Le contenu du droit**

La loi Lemaire du 7 octobre 2016 précise que les décisions de justice sont mises à la disposition du public « dans le respect de la vie privée des personnes concernées ». Dès 2001, une délibération de la Commission nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) avait demandé que soient occultés le nom et l'adresse des parties ainsi que des témoins, dans toute décision de justice diffusée sur Internet, sans que les personnes concernées aient à accomplir une demande en ce sens<sup>(3)</sup>. Mais le simple respect du principe d'anonymat n'est plus suffisant, car il n'empêche pas la réidentification des personnes<sup>(4)</sup>. Le Règlement général de Protection des Données (RGPD) du 27 avril 2016, entré en vigueur le 25 mai 2018, soumet les traitements de données personnelles à des principes rigoureux en imposant notamment qu'elles ne soient conservées qu'avec le consentement de l'intéressé. L'alinéa 26 de son préambule permet cependant à l'open data des décisions de justice de sortir de son champ d'application, à la condition que les « données à caractère personnel (soient) rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable<sup>(5)</sup> ». Les fichiers doivent donc être conçus de manière à prévenir la réidentification des personnes.

Cette occultation de tout élément de nature à permettre une réidentification de la personne vise à réduire la décision de justice à un problème de droit, une sorte de pure abstraction détachée de tout élément factuel. Une telle démarche va rigoureusement à l'encontre de toute la jurisprudence qui, en particulier devant le juge administratif, pourrait être analysée comme un accroissement constant du contrôle des faits, de leur exactitude et de leur qualification. Est-il imaginable d'empêcher l'identification des requérants dans l'arrêt du Conseil d'État du 25 octobre 2017 ordonnant que soit retirée l'immense croix coiffant la statue du pape Jean-Paul II à Ploërmel ? Pour prévenir toute réidentification, il faudrait en effet non seulement anonymiser le nom des requérants, mais aussi celui de la ville et probablement celui du pape<sup>(6)</sup>. Entièrement détachée des éléments factuels, la décision deviendrait difficile à comprendre, tant il est vrai qu'elle repose sur une appréciation de ces éléments par le tribunal.

## **La décision de justice**

L'open data des décisions de justice laisse entrevoir la perspective d'une justice prédictive. L'intelligence artificielle et le machine learning, c'est-à-dire la capacité de l'algorithme à développer sa propre évolution, rendent en effet théoriquement envisageable une décision de justice rendue par

(3) CNIL, Délibération n°01-057 du 29 novembre 2001, portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence.

(4) Des chercheurs du MIT ont ainsi travaillé sur les transactions réalisées par plus d'un million de personnes avec leur carte bancaire, sans aucun élément d'identification. En croisant ces données avec les coordonnées géographiques, les dates et les heures des transactions, ils sont parvenus à réidentifier 90 % des utilisateurs. DE MONTJOYE Y. A., RADAELLI L., KUMAR SINGH V. & PENTLAND A., "Unique in the shopping mall: on the reidentifiability of credit card metadata", *Science*, 30 janvier 2015.

(5) Règlement UE 2016/679 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 des données, et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD).

(6) CE, 25 octobre 2017, Fédération morbihannaise de la Libre Pensée et autres, req. n°369990.

ordinateur, à partir d'une modélisation des précédentes décisions rendues par les juridictions. La perspective peut sembler séduisante, car elle est souvent présentée comme garantissant une stricte égalité devant la loi, la règle juridique étant interprétée de la même manière pour tous les requérants. La qualité des décisions de justice pourrait aussi en bénéficier, tant il est vrai que la transparence des décisions incite à la clarté de leur motivation. Surtout, la justice prédictive permettrait de lutter contre l'engorgement des tribunaux en offrant la possibilité de régler rapidement les contentieux de masse par des décisions parfaitement standardisées. On pourrait ainsi l'envisager pour définir les prestations compensatoires en matière de divorce, l'indemnisation des licenciements abusifs ou encore le contentieux des obligations de quitter le territoire.

Les premières expérimentations de justice prédictives se sont pourtant révélées décevantes. Les cours d'appel de Rennes et de Douai ont ainsi été invitées à tester le logiciel Predictice au début de l'année 2017, sa mise en œuvre étant limitée au calcul des indemnités pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Même dans un domaine aussi restreint, l'expérimentation a été un échec. Le ministère de la Justice a jugé que le logiciel « méritait d'être sensiblement amélioré » et qu'il « ne présentait pas, en l'état, de plus-value pour les magistrats<sup>(7)</sup> ». Le logiciel, ne prenant en compte que le dispositif des décisions antérieures, s'est révélé incapable de tenir compte des différences subtiles dans les motivations, de prendre en considération la part d'indemnisation éventuellement prise en charge par un règlement amiable partiel, etc. En tout état de cause, la mise en œuvre de la justice prédictive ne saurait cependant être subordonnée à la seule efficacité des logiciels mais doit susciter une réflexion préalable très approfondie.

En l'état actuel du droit, la justice prédictive porte atteinte au principe d'examen particulier du dossier qui exclut toute décision automatique. Pour être conforme au droit positif, la justice prédictive devrait donc être utilisée comme une justice assistée par ordinateur, le logiciel offrant au juge une aide à la décision, sans pour autant statuer à sa place. Surtout, les algorithmes ne sauraient s'imposer au juge sans qu'il soit en mesure de les contrôler et de s'assurer qu'ils ne privilégient pas un raisonnement juridique au détriment d'un autre, voire que des données erronées n'ont pas été introduites, soit par défaillance du système, soit par malveillance. La transparence des algorithmes se heurte cependant au machine learning, technique par laquelle l'algorithme acquiert la faculté de se nourrir de ses propres décisions et de participer à un développement autonome du logiciel. Le mythe de l'ordinateur qui échappe au contrôle humain prend alors une singulière consistance, et le juge risque de se trouver écarté des décisions de justice, confronté à un système qu'il n'a pas conçu et dans lequel il n'est qu'utilisateur. Il n'a donc accès qu'au résultat d'un calcul complexe. On imagine alors l'ordinateur répondant au juge, comme Hal dans *2001, l'Odyssée de l'Espace* : « Je sais que Franck et toi avez l'intention de me déconnecter. C'est quelque chose que je ne peux pas vous laisser faire. » Sans aller jusqu'à une vision digne de la science-fiction, il reste évident que la justice prédictive ne saurait être développée que si les algorithmes sont connus et peuvent être contestés durant le procès.

Derrière une apparente modernité, la justice prédictive apparaît conservatrice dans son essence même. Les algorithmes sont en effet incapables de prévoir la décision dérogatoire que le juge entend réserver à une situation particulière. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un tribunal administratif décide, dans une unique décision d'espèce, de déroger au droit commun qui interdit à une femme de se faire inséminer avec les cellules de son époux décédé<sup>(8)</sup>. La justice prédictive, purement quantitative, ne sait pas davantage procéder à un revirement jurisprudentiel. Tournée vers le passé, elle produit une décision de justice qui n'est que le résultat de l'analyse statistique des

(7) Réponse du ministre de la Justice à la question écrite n°01823 de M. Jérôme Durain, JO Sénat, 28 décembre 2017, p. 4 694.

(8) CE, ord. réf. 31 mai 2016, Mme C. A., req. n°396848.

décisions antérieures. Considérée sous cet angle, la justice prédictive est ainsi la négation de l'idée même de justice, qui repose sur l'équité, l'individualité, l'intime conviction, mais certainement pas sur l'analyse quantitative.

L'open data des décisions de justice peut donc être la meilleure et la pire des choses. En offrant la transparence des décisions de justice, il permet aux citoyens de connaître les décisions qui sont rendues au nom du peuple français, et il contraint les juges à motiver soigneusement leurs décisions. S'il n'est pas contrôlé, il risque de conduire à une justice automatisée et conservatrice, incitant les requérants à se tourner vers des modes alternatifs de règlement des litiges, souvent très onéreux et moins fiables que la décision juridictionnelle.