

Introduction orale (Journée d'étude CREIS Terminal 29 novembre 2019) :

## Justice et numérique

Le numérique est en train de transformer profondément le rapport à la justice et au droit. Il est donc logique que l'association CREIS-TERMINAL s'empare de cette question et s'interroge sur les conséquences sociales et économiques des dernières lois sur le numérique dans la justice mais aussi sur les potentialités offertes par l'open data comme par l'utilisation des algorithmes.

Car on voit bien la tentation de leur utilisation, dans un contexte où les budgets sont contraints et où il est essentiellement demandé aux tribunaux d'aller plus vite pour « rationaliser les coûts ». L'ancien ministre de la justice, Jean-Jacques URVOAS, a parlé de la « clochardisation de la justice » (pour les détails sur l'état de la justice, je renvoie au livre d'Olivia Dufour : « *Justice : une faillite française ?* », LGDJ 2018).

Le numérique permet ainsi la **dématérialisation des procédures**. Autrefois, on pouvait dire que « l'affaire est dans le sac » (« *Les plaideurs* » de Racine ; *exposition à la tour Jean sans Peur sur la justice des crimes au Moyen Age*) : toutes les pièces étaient enfermées dans un sac. L'échange des pièces et la conservation des minutes du jugement se faisaient au tribunal, ce qui n'est plus vrai lorsque les procédures sont dématérialisées.

Cette dématérialisation pose des problèmes spécifiques puisqu'elle permet la suppression de l'audience, avec pour conséquence la non-confrontation du justiciable à son juge (et le Conseil constitutionnel<sup>1</sup> a dernièrement censuré le recours à la visioconférence<sup>2</sup> dans certaines hypothèses). Pour moi qui travaille uniquement en cassation, il est infiniment plus pratique que la procédure soit dématérialisée, puisque je ne travaille que sur le droit et non sur le fait. Mais cela n'est pas indifférent dans les instances au fond, où le justiciable a besoin au moins autant que justice lui soit rendue que d'avoir été entendu<sup>3</sup>. Et c'est extrêmement problématique lorsque le but n'est pas la réunion des personnes dont la distance ne permet pas la mise en lien mais uniquement de réaliser des économies substantielles (pas d'escorte pour l'extraction de détenu, pas de frais de

<sup>1</sup> CC 2019-778 DC du 21 mars 2019 §231 et 2019-802 QPC du 20 septembre 2019 §13 : « *eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique de l'intéressé devant la juridiction compétente pour connaître de la détention provisoire et en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication* ». Il avait validé le recours à la « vidéo-audience » pour les recours devant la CNDA (Cour nationale du droit d'asile) : CC 2018-770 DC du 6 septembre 2018.

<sup>2</sup> Introduite par la loi du 15 novembre 2001. Pour une analyse d'ensemble : Jérôme BOSSAN, RSC 2019.567, « La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019. Considérations sur le pragmatisme contemporain ».

<sup>3</sup> Colloque « Et si on parlait du justiciable du 21<sup>ème</sup> siècle ? », qui s'est tenu le 8 février 2019 au TGI de Paris, sous la direction scientifique de Mme la professeure Soraya Amrani-Mekki

déplacement...)<sup>4</sup>. Le choix du recours à la visioconférence n'est pas neutre : « *l'écran fait écran* »<sup>5</sup>.

Et cela a un effet direct sur la topographie des lieux : le nouveau tribunal de Paris interdit l'accès des avocats au greffe, aux juges et aux parquetiers. Le barreau et le SAF protestent contre ce cloisonnement, qui est également préjudiciable tant aux justiciables qu'à des relations pacifiées entre magistrats et avocats (il s'est tenu récemment des assises des relations magistrats-avocats à Paris<sup>6</sup>, à l'initiative du SAF, pour réfléchir à des possibilités d'échanges – apaisés – entre avocats et magistrats).

Et même pour moi, je dois avouer que j'ai été amenée à me tourner vers l'enseignement à mi-temps parce que je n'en pouvais plus d'être face à un dossier déshumanisé. Cela m'a permis de redonner du sens à mon métier.

Cet aspect de la relation justice-numérique ne sera pas abordé aujourd'hui mais il ne faut pas perdre de vue que la numérisation recèle aussi des potentialités dangereuses pour les droits de la défense.

Plutôt que de répondre à ce problème de besoin criant de moyens, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, est entièrement tournée vers la recherche d'économies<sup>7</sup>.

La logique gouvernementale est purement managériale, et repose sur un raisonnement en termes de flux et de stocks et de ce point de vue, le tarissement du flux entrant (les demandes des justiciables) est privilégié.

La **Ligue des droits de l'Homme** doit donc s'interroger sur les risques induits par l'utilisation du numérique dans une telle démarche, parce que l'accès au juge fait partie des droits fondamentaux et que la possibilité de faire trancher son litige par un

---

<sup>4</sup> Laurence Dumoulin et Christian Licoppe : « La visioconférence dans la justice pénale : retour sur la fabrique d'une politique publique à la fin des années 1990-2010 », Les cahiers de la justice 2011. 29 Pour mémoire, le Syndicat des avocats de France est vent debout contre des visioconférences contraires aux droits de la défense (problème notamment de la localisation de l'avocat, soit aux côtés de son client, soit au tribunal), sauf exception demandée par la personne elle-même.

<sup>5</sup> Jean Danet, « La justice pénale entre rituel et management », PU Rennes, 2010, p. 198.

La CNCDH y voit le recul de l'audience : Avis sur la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, 20 novembre 2018.

<sup>6</sup> <http://www.avocatparis.org/1res-assises-des-relations-avocats-magistrats-greffiers-et-personnels-de-justice-un-dialogue-renoue>

Rémy HEITZ, alors procureur de la République de Paris a admis la dégradation des relations : « *L'équilibre de nos relations est bousculé par le monde moderne : les outils numériques, la médiatisation des affaires, etc.* »

<sup>7</sup> Apparté : L'augmentation relative du budget de la justice cette année va être complètement absorbée par la création de nouvelles prisons ainsi que de 20 centres éducatifs fermés : autrement dit, on prévoit un recours massif à l'enfermement des enfants en froid avec la loi, au détriment de l'éducatif, alors que nous fêtons les 30 ans de la CIDE

juge impartial et indépendant est une garantie de l'Etat de droit mais aussi tout simplement, de la paix sociale.

Puisqu'on m'a invitée en tant que juriste, je me dois de rappeler que **le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial, indépendant et prévu par la loi** est garanti par l'article **13 combiné avec l'article 6** sur le droit à un procès équitable **de la CSDH<sup>8</sup>** et par l'article **47 de la Charte** des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, rattache ce droit à l'article **16 de la DDHC** de 1789.

Peut-on encore parler d'accès au juge alors que la loi du 23 mars 2019 a créé une juridiction nationale des injonctions de payer, à saisir de façon numérique<sup>9</sup> ? Pour l'instant, une voie parallèle<sup>10</sup> existe encore mais pour combien de temps ? (sauf à ce que cela soit posé en principe par le Conseil constitutionnel lors d'une éventuelle suppression). Pour mémoire, l'avocat se bat avec le système de RPVA<sup>11</sup>, où il n'est pas possible de dépasser un certain poids de fichier joint, sans parler des bugs. Le justiciable a déjà des difficultés à sélectionner les documents à produire (*cf le travail des juges d'instance jusque-là*), il va désormais devoir les scanner, les enregistrer, les joindre à sa requête numérique...

On va vers le tout numérique : **a-t-on pris en compte la fracture sociale** ? La vulnérabilité économique entraîne en général la vulnérabilité numérique<sup>12</sup> (*cf avis du Défenseur des droits*<sup>13</sup>) sans parler de l'inégalité spatiale, puisque tous les territoires ne sont pas égaux en termes d'accès à internet. Sans parler de l'inadéquation du système informatique de la justice, (le Défenseur des droits a illustré ce problème en faisant référence à la carte grise sur internet : les gens ont dû payer des intermédiaires pour un service gratuit !)

Se pose aussi le problème des bugs, dont Mme ENGHEHARD va nous entretenir.

Pour donner un exemple d'inadéquation de logiciels, le TAJ, fichier de traitement des antécédents judiciaires, est consultable par les policiers et les gendarmes mais les parquetiers, qui sont censés vérifier la tenue de ce fichier et contrôler que les personnes relaxées soient bien effacées du fichier, n'y ont souvent pas accès de leur poste informatique.

---

<sup>8</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

<sup>9</sup> Au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2021

<sup>10</sup> Article L.211-18 COJ

<sup>11</sup> Réseau privé virtuel des avocats, par lequel les avocats doivent saisir les juridictions civiles, ce qui est imposé par le code de procédure civile. Poids de quelques méga-octets...

<sup>12</sup> Statistiques de la Commission européenne, basées sur le référentiel européen DigComp : en France, 8% de la population active n'a aucune compétence numérique, 27% un niveau faible, tandis que 33% ont un niveau de base et 29% un niveau supérieur" ([Conseil d'Orientation pour l'emploi, Rapport du Conseil d'orientation pour l'emploi, Tome 2: l'impact sur les compétences, p. 90](#)).

<sup>13</sup> <https://www.defenseurdesdroits.fr/rapports/2019/01/dematerialisation-et-inegalites-dacces-aux-services-publics>

Les juges d'instruction ont jusqu'à présent fait de la résistance à l'utilisation du logiciel proposé aux juges parce qu'il n'est pas adapté à la spécificité de leur métier.

Par ailleurs, la justice est rendue **au nom du peuple français** : le peuple français a donc le droit de connaître la façon dont la justice est rendue<sup>14</sup>. De ce point de vue, Bertrand Louvel, président de la Cour de cassation justifiait ainsi ce qu'on appelle « l'open data » (les « données ouvertes », Québec) : *« Cela permettra aux avocats et aux juges de voir se dessiner les tendances de la jurisprudence, cela favorisera la cohérence des décisions et des raisonnements juridiques. Grâce à cette **transparence**, les citoyens seront mieux informés et plus confiants dans l'autorité judiciaire dont les décisions seront mieux prévisibles »*<sup>15</sup>.

Et il est vrai que la diffusion des décisions est un enjeu démocratique, sous réserve du respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel, qui rejoint le principe de la publicité des débats. Cette transparence de la justice est une exigence du **procès équitable** (article 6 CSDH). Il faut rappeler que, pour respecter le règlement européen, dit RGPD<sup>16</sup>, sur cette protection, (qui ne concerne pas les personnes morales<sup>17</sup>), la loi du 23 mars 2019<sup>18</sup> a choisi, suivant le conseil de la Cour de cassation, la « pseudonymisation », c'est-à-dire que tout élément d'identification et de ré-identification doit être enlevé des décisions de justice<sup>19</sup> : *« Les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe »*<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> C'est aussi une obligation découlant de « l'administration » de la justice, même si la séparation des pouvoirs empêche de voir dans la justice une simple « administration » : *« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (article 15 DDHC de 1789). Cf loi n° 2016-1321, 7 octobre 2016, pour une République numérique, art. 20 et 21.*

<sup>15</sup> Bertrand Louvel, Le Point, 06.04.16

<sup>16</sup> Règlement Général sur la Protection des Données personnelles, n° 2016/679 du 27 avril 2016

<sup>17</sup> [Cass. 1re civ., 17 mars 2016, n° 15-14.072](#) : les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir de la protection de la vie privée, au sens de l'article 9 du code civil. Secret des affaires à prendre en compte : article L. 153-1 du code de commerce

<sup>18</sup> Validée implicitement sur ce point par le Conseil constitutionnel : CC 21 mars 2019, n° 2019-778 DC

<sup>19</sup> Pour une critique de l'absence de pseudonymisation des personnes morales et de l'incohérence à laisser subsister le nom des personnes devant les AAI ou la CEDH, voir : Jean-Christophe RODA : « Anonymisation des décisions de justice : un point de vue affairiste », Gaz. Pal. 19 nov. 2019, n° 364e5, p. 1. Pour une critique plus générale de l'anonymisation des décisions de justice : Nathalie BLANC et Pierre-Yves GAUTIER, Rec. Dalloz 2019.1648

<sup>20</sup> Article L. 111-13 et voir l'article L. 111-14 du code de l'organisation judiciaire

Note postérieure à la rédaction de ce texte : <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/projet-de-decret-relatif-a-lopen-data-des-decisions-de-justice-32835.html>

Le président de la formation sera chargé d'opérer lui-même la mise en œuvre de la loi s'agissant du choix d'occulter ou non des éléments d'identification des personnes et les greffiers (ou le président du

En 2019, Bertrand Louvel est déjà moins optimiste, puisqu'il a signé le 25 mars dernier une déclaration commune avec le Conseil national des Barreaux, appelant à l'organisation de l'open data des décisions de justice, en France, dans des conditions garantissant **l'égal accès de tous à la donnée publique** sous le pilotage de la Cour de cassation. Cela témoigne une réelle inquiétude concernant la confiscation de ce nouvel eldorado par quelques legalTech<sup>21</sup> privées (selon l'Observatoire de la legalTech et des start-up du droit, 150 structures environ étaient recensées en avril 2019).

A quoi bon avoir accès à des millions de décisions si les logiciels performants pour les exploiter sont réservés à ceux qui peuvent se les offrir ? L'ouverture des données serait alors un leurre, la possibilité de repérer la jurisprudence adéquate étant réservée aux cabinets les plus riches. Il y a un risque d'asymétrie d'informations sur les parties, entre celles qui auront eu plus d'informations que les autres. Le recours aux algorithmes va augmenter les inégalités entre justiciables ; des produits de plus en plus sophistiqués vont être mis sur le marché (sont déjà) par les legalTech au profit de ceux qui pourront payer.

Et on sait déjà que les justiciables utilisent internet pour « noter » les avocats.

Internet est également préféré à la consultation d'un avocat pour l'élaboration de statuts de société, de contrat simple, qui vont devenir des produits standards.

Et il faut bien remarquer que pour l'utilisateur d'internet, que ce soit pour l'acquisition de biens ou de service, l'usager accepte par avance une dégradation de la qualité de ce qui achète ou de ce à quoi il a recours à travers le numérique. Peu importe alors que le conseil soit de qualité moindre, il est disponible sur internet, rapidement et à peu de frais, voire gratuitement. Mais la qualité des conseils juridiques doit-elle être réservée aux plus riches ?

Cet accès à 4 millions de décisions (au lieu des 13.000 par an de Légifrance) pour les seules juridictions judiciaires va surtout ouvrir la voie à ce qu'on a coutume d'appeler la « **justice prédictive** ».

De quoi s'agit-il ? non, il ne s'agit pas d'une boule de cristal, ni d'un oracle.

Il s'agit plutôt de la possibilité de prévoir le sens d'une décision à partir de faits, par l'intermédiaire d'un ordinateur qui procède à une analyse statistique et de probabilité

---

tribunal pour les noms des magistrats) feront de même lors d'une transmission d'une décision à des tiers ! Autrement dit, aucun moyen n'est envisagé pour cette nouvelle charge de travail.

<sup>21</sup> Anglicisme pour legal technology

des décisions de justice. Dans son rapport, la Mission Droit et justice parle d'une modélisation probabiliste<sup>22</sup>.

Tout avocat conseille déjà son client sur les chances de succès de son action en fonction de la connaissance qu'il a de la jurisprudence de la Cour de cassation, (sa connaissance du droit) mais surtout de son tribunal, quand il s'agit d'évaluation quant au quantum de dommages et intérêts etc...

Mais c'est artisanal. Qu'en est-il si le calcul est effectué par un algorithme ?

Le rapport de la mission CADIET rendu le 9 janvier 2017<sup>23</sup> à la Garde des Sceaux avait préconisé la transparence des algorithmes sur la méthodologie mise en œuvre la mise en place d'un mécanisme de contrôle des pouvoirs publics, certificat de qualité par un organisme indépendant.

(Je remarque que le titre de la communication de Mme ENGHEHARD se réfère à l'opacité des algorithmes, ce qui n'est pas bon signe par-rapport à cette préconisation !).

La loi du 23 mars 2019 a prévu la possibilité de recourir à des services en ligne d'arbitrage sous la condition qu'ils ne puissent « avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel. Lorsque ce service est proposé à l'aide d'un tel traitement, les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. [Qu'en est-il des contrats d'adhésion ? a priori, une clause incluse dans un contrat de vente par exemple serait nulle, selon le droit français mais on voit bien le risque du droit du plus fort]. *Les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par le responsable de traitement à toute partie qui en fait la demande [c'est peut-être ce qui va freiner l'expansion de ce recours, sous réserve que la personne soit informée de son droit à le demander]. Le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la partie qui en fait la demande la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. »*

La loi n'a pas prévu de certification obligatoire du service d'arbitrage en ligne, contrairement aux préconisations de la mission Cadiet.

Bien entendu, la loi tend à privilégier l'arbitrage en ligne pour les contentieux de masse, pour désengorger les tribunaux.

---

<sup>22</sup> [Rapport](#) de la mission GIP : Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision ? GODEFROY Lémy, LEBARON Frédéric, LEVY-VEHEL Jacques, juillet 2019

<sup>23</sup> <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/remise-du-rapport-sur-lopen-data-des-decisions-de-justice-31165.html>

Comment s'attaquer à un calcul effectué par un algorithme sur la base de l'analyse quantitative de millions de décisions, pour contrer l'offre d'un assureur, par exemple ? ou l'offre d'un professionnel face à un consommateur ? Qu'en est-il de la nécessaire protection du plus faible qui a justifié la création de droits spécialisés comme le droit du travail (protection des salariés) ou le droit de la consommation (protection du consommateur) ?

Il faut bien voir que derrière la plupart des plateformes d'arbitrage, ce sont les assureurs qui sont les financeurs (le problème des conflits d'intérêts n'est pas abordé par la loi).

Qu'en est-il de **l'égalité des armes**<sup>24</sup> ? Comment résister quand on est simple consommateur face à la toute-puissance d'un opérateur téléphonique qui peut résister à toute réelle médiation ? Et alors que derrière son ordinateur, on ne bénéficie pas du conseil d'un avocat mais on pense pouvoir se défendre par l'illusion de l'accès direct à toutes les données juridiques.

Exemple de « Ecourt » aux Pays-Bas : il existait une clause compromissoire dans les contrats. Il s'agit de « juges » (on ne sait pas qui) qui statuent par « justice prédictive », puis la décision est rendue exécutoire par recours au juge. En avril 2018, ce système a fait scandale parce qu'il a été démontré qu'il ne respectait pas le droit du consommateur ni l'ordre public ; de ce fait, les juges ont décidé collectivement de refuser d'homologuer les décisions ainsi rendues.

Mais les algorithmes ne risquent-ils pas d'échapper aux informaticiens ? Peuvent-ils vraiment maîtriser l'intelligence artificielles ou n'existe-t-il pas plutôt une boîte noire du *deap learning* ?

Cependant, la Mission Droit et justice (*rapport de juillet 2019*)<sup>25</sup>, tout en prônant une certaine éthique des critères, relève que « *la diffusion de la formule mathématique ou du code informatique contreviendrait aux intérêts économiques du concepteur sans pour cela éclairer les utilisateurs et les justiciables* ».

De façon étonnante, elle se réfère aux travaux de chercheurs (C. CALLUDE et G. LONGO) qui révèlent que « *plus la base de données est vaste, plus le pourcentage d'erreurs serait élevé* », même si sur un petit volume, le calcul de probabilité est inefficent.

---

<sup>24</sup>Notion qui vient de la jurisprudence de la CEDH.

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_theme\\_egalite\\_42/enceinte\\_judiciaires\\_6255.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_theme_egalite_42/enceinte_judiciaires_6255.html)

<sup>25</sup> Lémy Godefroy, Maître de conférences HDR en droit, GREDEG, Université de Nice Sophia Antipolis Frédéric Lebaron, Professeur en sociologie, IDHES, ENS Paris-Saclay ; Jacques Lévy-Vehel, Directeur de recherches, INRIA, président de Case Law Analytics

Mais surtout, et enfin, qu'en est-il de la **possibilité offerte d'aide à la décision** pour le juge ?

Pour certains contentieux, il serait possible d'établir des barèmes fins de prestation compensatoire, de calcul du préjudice corporel (par exemple, un œil perdu par tir de LBD vaut 90.000€ en moyenne selon le juge administratif, le Conseil d'Etat ayant jugé que la police du maintien de l'ordre nécessitait de recourir à cette arme et a ainsi débouté les requérants, dont la LDH et le SAF).

Dans ce cas, il s'agit vraiment d'une aide à la décision pour harmoniser les quantums, afin de ne pas donner l'impression d'une loterie, selon qu'on tombe sur le « bon » ou le « mauvais » juge. Le recours aux algorithmes serait alors source de **sécurité juridique et de transparence** quant aux critères de fixation des dommages et intérêts.

Il permet aussi de faire gagner du temps au juge, ce qui participe à un procès équitable puisque la CEDH exige que la justice soit rendue dans un délai raisonnable.

Mais les magistrats qui plébiscitent le recours à l'aide des logiciels devraient se méfier : l'outil vendu à la police californienne en 2012 (Predpol) censé prédire la localisation des futurs crimes n'a pas fait mieux en réalité, que la cartographie traditionnelle des points chauds. L'activité criminelle s'est déplacée, manifestant une interaction du fait de la présence plus importante de la police dans les lieux « prédits ». Mais l'essentiel n'était pas là pour la hiérarchie policière : elle a permis de localiser les policiers et s'est révélé un outil de management simplifié de l'action policière. En clair, l'outil numérique a permis de surveiller le travail des policiers...

Lorsque le résultat d'une décision dépend d'un raisonnement plus fin sur la règle juridique et son applicabilité aux faits, il n'est pas pertinent de recourir à un logiciel prédictif. L'expérience des cours d'appel de Rennes et de Douai (logiciel Preditice) n'a pas été concluante de ce point de vue, même si la capacité des logiciels est désormais mieux affinée. M. Etienne KUBICA nous parlera de l'office du juge civil 2.0

La CNIL a émis des réserves sur la possibilité de soumettre le secteur de la justice à l'emprise des algorithmes<sup>26</sup>. Encore une fois, il apparaît essentiel de s'interroger sur la compatibilité de leur utilisation avec l'obligation de l'État d'assurer aux justiciables un procès équitable.

Certes, la sécurité juridique participe de la prééminence du droit et pour les entreprises, il est particulièrement important de pouvoir provisionner correctement les dommages et intérêts auxquels elles risquent d'être condamnées.

---

<sup>26</sup> [Rapport](#) de la CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et sur l'intelligence artificielle*, 15 déc. 2017, p. 47

Mais ne risque-t-on pas de figer la jurisprudence, puisque les algorithmes effectuent les calculs sur les précédents ? il y aurait **crystallisation de la jurisprudence**, par la **reproduction mécanique des décisions passées**, ce qui aboutirait soit à l'immobilisme, soit à l'impossibilité de modéliser la décision de justice si on ne travaille pas à droit constant.

Le risque est alors **la standardisation du droit**. Antoine GARAPON parle d'un « écho numérique ».

Et ce, alors que la jurisprudence tant de la CEDH que de la Cour de cassation parle d'absence de droit à une jurisprudence acquise : « *la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* » (Civ. 1<sup>ère</sup> 21 mars 2000, n° 98-11.982, Bull. I n° 97). « *L'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* » (Civ 1<sup>ère</sup> 9 octobre 2001, pourvoi n° 00-14.564, Bull. 2001, I, n° 249), ce qui aboutit à appliquer rétroactivement une nouvelle interprétation jurisprudentielle.

La CEDH<sup>27</sup> a validé ce type de raisonnement : la rétroactivité dont se plaignait la requérante est « *inhérente à tout changement de solution juridique* ».

C'est ainsi qu'à droit constant, la jurisprudence a pu inventer la notion de préjudice écologique par exemple, ou la perte de chance de rester en vie.

Il est important d'adapter le droit aux circonstances nouvelles, à l'évolution sociétale, d'être en prise avec la société. Alors que les algorithmes sont tournés vers le passé.

Mais pire encore, s'ils peuvent révéler **des biais de prise de décision**, que le juge devra résorber, ils peuvent aussi les appliquer sans que le critère choisi soit explicite.

C'est ainsi que la procédure de « sentencing » dans l'Etat de New York, en se fondant sur l'analyse des critères de risque de récidive, avait abouti à une sur-incarcération des jeunes noirs américains car la consommation de crack cocaïne était considérée comme un risque majeur de récidive. De ce fait, ils étaient condamnés à des peines plus lourdes. Le pénal a d'ailleurs été écarté des expérimentations en France.

L'éthique doit ainsi dicter le refus d'une décision dictée par la machine : sinon, « *les rapports sociaux ne seraient plus mis en forme par la politique et le droit mais par la technique elle-même* <sup>28</sup> ».

D'où peut-être le terme de « loyauté » dans le titre de l'intervention de M. Renan PONS ?

<sup>27</sup> Arrêt du 18 décembre 2008, *Unedic c/ France*, n° 20153/04

<sup>28</sup> A. GARAPON, JCP 2017.47

La **Commission européenne pour l'efficacité de la justice** (CEPEJ) du Conseil de l'Europe a adopté les 3 et 4 décembre 2018, un cadre de gouvernance, la Charte européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires<sup>29</sup>.

Elle a ainsi posé le principe du respect des droits de l'Homme comme objectif, dès la conception et jusqu'à l'application pratique, tels que posés par la CEDH et la Convention n°108 du Conseil de l'Europe<sup>30</sup>. Les solutions proposées doivent donc être respectueuses de ces principes, parmi lesquels le principe de non-discrimination, afin d'éviter des analyses ou pratiques déterministes. Par ailleurs, les principes de qualité et de sécurité et de transparence sont posés, contrairement au choix de la France de ne pas imposer la certification. La CEPEJ s'attelle d'ailleurs à un **mécanisme de certification des produits** proposés.

Une telle démarche ressemble à celle posée par l'avis de la CNCDH le 3 juillet 2018 relatif à l'approche fondée sur les droits de l'Homme<sup>31</sup>.

Car ce n'est pas le moindre des paradoxes de la justice prédictive que de porter un nom tourné vers l'avenir alors que le procédé regarde vers le passé et peut en exacerber les travers. Il faut ainsi les corriger par une **approche fondée sur les droits de l'Homme**.

« On ne peut prévoir que des répétitions », et comprendre c'est dégager quelque chose qui se répète », écrivait déjà le père du petit Prince (*Antoine de Saint-Exupéry, Carnets, 1953*).

---

<sup>29</sup> [www.coe.int/fr/web/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment](http://www.coe.int/fr/web/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment)

Voir [JCP G supplément](#) au n°44-45 28 octobre 2019, Justice et numérique. Quelles (r)évolutions ? Actes du Séminaire e-juris Septembre 2018 – Février 2019 Coordination : Isabelle Sayn

<sup>30</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 et ses protocoles du Conseil de l'Europe

<sup>31</sup> <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-lapproche-fondée-sur-les-droits-de-lhomme>