

ANNEXES

ANNEXE 1

TABLEAU DES DISPOSITIONS
ÉTABLISSANT DES EXCEPTIONS
À LA PUBLICITÉ DES DÉCISIONS
RENDUES EN MATIÈRE CIVILE

TABLEAU DES DISPOSITIONS ÉTABLISSANT DES EXCEPTIONS À LA PUBLICITÉ DES DÉCISIONS RENDUES EN MATIÈRE CIVILE

DÉCISIONS	DISPOSITION IMPLIQUANT LE CARACTÈRE NON PUBLIC DE LA DÉCISION
TOUTES JURIDICTIONS	
Homologation du constat d'accord établi par le conciliateur de justice	Article 131 CPC
Homologation du constat d'accord établi par le médiateur de justice	Article 131-12 CPC
TRIBUNAL D'INSTANCE	
Jugement du juge des tutelles en matière de protection des majeurs	Article 1226 CPC
Décision du juge des tutelles en matière d'habilitation familiale	Articles 1260-10 et 1226 CPC
Décision du juge des tutelles sur les mesures d'accompagnement judiciaire	Article 1262-3 CPC
Jugement de présomption d'absence (juge des tutelles)	Article 1063 CPC
Jugement sur demande d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et 219 du code civil (conjoint hors d'état d'exprimer sa volonté)	Article 1289 CPC
Décision du juge des tutelles en matière de mandat de protection future	Article 1258-3 alinéa 3 CPC
Jugement du juge d'instance en matière d'autorisation de versement direct des prestations sociales au bailleur	Article R. 271-9 du CASF
TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE	
Décisions rendues par le JAF sauf :	Article 1074 CPC
* relatives au nom, au prénom, à la séparation de corps ou au divorce	
*aux demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions personnes liées par un PACS ou entre concubins ainsi que celles relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un PACS et des concubins relevant de la compétence du JAF (Article 1136-1 CPC)	Voir également les articles entre 1180-15, 1208-2 et 1287 CPC
Jugement de déclaration d'absence	Article 1067 CPC
Jugement sur demande de retrait total ou partiel de l'autorité parentale, en déclaration judiciaire de délaissement parental, en restitution des droits retirés, en restitution d'enfants déclarés délaissés	Article 1208-2 CPC
Jugement du juge des enfants en assistance éducative	Article 1189 CPC
Jugement du juge des enfants de mesure d'aide à la gestion du budget	Article 1200-8 CPC
Jugement sur demande de reconstitution d'actes détruits	Article 1433 CPC
Jugement sur demande en rectification des actes de l'état civil ou des pièces en tenant lieu (Président TGI art. 1047 al. 1 CPC) ou sur demande en annulation judiciaire des actes de l'état civil, de leurs énonciations ou des pièces en tenant lieu, et de la rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil (compétence TGI art. 1047 al. 2 CPC)	Article 1050 CPC, Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation NOR : JUSC1119808C.
Jugement déclaratif de naissance	
Décisions en modification de la mention du sexe dans les actes d'état civil	Articles 1055-6 et 1055-8 CPC
Jugement de déclaration judiciaire de décès	Article 90 du code civil
Homologation d'un changement de régime matrimonial	Article 1301 CPC
Décision en matière de procédure sur demande de reconstitution de l'original d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé détruit	Article 1433 CPC

TRIBUNAL DE COMMERCE ET TGI

Jugement du tribunal de commerce ou du TGI rejetant la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de rétablissement professionnel	Article R. 662-13 du code de commerce
Jugement du tribunal de commerce rejetant l'homologation de l'accord amiable à l'issue d'une procédure de conciliation	
Jugement du TGI ou du tribunal de commerce statuant à la requête de tout intéressé ou du ministère public pour voir déclarer nuls les actes par un mandataire judiciaire accomplis en dépit d'une interdiction ou suspension	Article L. 814-10-2 du code de commerce
Jugement statuant sur l'ouverture d'une procédure collective, rendu par le TGI ou le tribunal de commerce lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé	Article L. 621-2, L. 631-7 et L. 641-1 du code de commerce
Décision du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant à la requête de tout intéressé ou du ministère public pour voir déclarer nuls les actes pris par un administrateur judiciaire interdit, radié ou suspendu	Article L. 811-15 du code de commerce

COUR D'APPEL

Appel des ordonnances sur requête ne faisant pas droit à la requête	Article 496 CPC
Appel des décisions du JAF refusant d'homologuer la convention 373-2-7 du code civil	Article 1143 CPC
Appel des décisions du JAF sur demande d'autorisation et habilitation (entre époux) mentionnées à l'article 1286 CPC : prévues par la loi et notamment à l'article 217, au deuxième alinéa de l'article 1426 et aux articles 2405, 2406 et 2446 du code civil	Article 1288 CPC
Arrêt sur appel du jugement statuant sur demande d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et 219 du code civil, lorsque le conjoint est hors d'état d'exprimer sa volonté (juge des tutelles)	Article 1289 CPC
Appel sur jugement en matière de délégation, retrait total et partiel de l'autorité parentale, déclaration judiciaire de délaissement parental	Article 1209-1 CPC
Appel contre la désignation d'un administrateur ad hoc	Article 1210-2 CPC
Arrêt sur appel d'une décision du juge refusant d'homologuer l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative, et à une transaction (1565 CPC et 1567 CPC)	Article 1566 CPC et Article 1567 CPC
Arrêt sur appel du débiteur contre la décision du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance ne faisant pas droit à la demande de désignation d'un mandataire ad hoc	Article R. 611-20 du code de commerce
Arrêt sur appel du jugement refusant l'homologation de l'accord de conciliation (prévention des difficultés)	Article R. 611-42 du code de commerce
Arrêt statuant sur la démission du conseiller prud'homme refusant de remplir le service auquel il est appelé (démission pour refus de service)	Article D. 1442-20 du code du travail
Arrêt statuant sur les assesseurs démissionnaires du tribunal de première instance de Wallis et Futuna	Article L. 532-14 du code de l'organisation judiciaire
Arrêt statuant sur les assesseurs démissionnaires du tribunal de première instance de Nouvelle Calédonie	Article L. 562-16 du code de l'organisation judiciaire
Ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris statuant sur le recours des décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée	Article L. 464-8-1 du code de commerce
Arrêt d'appel interjeté sur jugement de déclaration d'absence	Article 1069 CPC
Arrêt sur jugement du juge des tutelles relative à une mesure judiciaire	Article 1245 CPC
Arrêt sur recours contre les délibérations du conseil de famille des pupilles de l'État alinéa 1 ^{er} CPC	Article 1261 CPC et article 1245
Appel sur décision du président du TGI saisi par requête aux fins de délivrance par un officier public ou ministériel ou par les autres dépositaires d'actes d'expédition ou de copie de ces actes	Article 1437 du CPC
Appel sur la décision du président de TGI saisi d'une demande de délivrance de copie ou extrait de registres ou répertoires public formée à l'encontre d'un greffier	Article 1441 du CPC
Appel des ordonnances sur requête ne faisant pas droit à la requête	Article 496 CPC

Appel des décisions du JAF refusant d'homologuer la convention de l'article 373-2-7 du code civil	Article 1143 CPC
Appel des décisions du JAF sur demande d'autorisation et habilitation (entre époux) mentionnées à 1286 CPC : prévues par la loi et notamment à l'article 217, au deuxième alinéa de l'article 1426 et aux articles 2405, 2406 et 2446 du code civil	Article 1288 CPC
Arrêt sur appel du jugement statuant sur demande d'autorisation et d'habilitation prévues par les articles 217 et 219 du code civil, lorsque le conjoint est hors d'état d'exprimer sa volonté (juge des tutelles)	Article 1289 CPC
Appel sur jugement en matière de délégation, retrait total et partiel de l'autorité parentale, déclaration judiciaire de délaissement parental	Article 1209-1 CPC
Appel contre la désignation d'un administrateur ad hoc	Article 1210-2 CPC
Arrêt sur appel d'une décision du juge refusant d'homologuer l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative, et à une transaction (1565 CPC et 1567 CPC)	Articles 1566 et 1567 CPC

COUR DE CASSATION

Arrêt à la suite du pourvoi contre l'ordonnance statuant sur le recours sur décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 463-4 sur la protection du secret des affaires	Article L. 464-8-1 du code de commerce
--	--

ANNEXE 2

TABLEAU DES DISPOSITIONS
ÉTABLISSANT DES EXCEPTIONS
À L'ACCÈS ET À LA PUBLICITÉ
DES DÉCISIONS RENDUES EN MATIÈRE
PÉNALE

TABLEAU DES DISPOSITIONS ÉTABLISSANT DES EXCEPTIONS À L'ACCÈS ET À LA PUBLICITÉ DES DÉCISIONS RENDUES EN MATIÈRE PÉNALE

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE PUBLICITÉ DES DÉCISIONS

Décisions couvertes par le secret de l'instruction	<p>Article 11 CPP : les décisions rendues dans le cadre de l'instruction préparatoire sont secrètes, sauf exceptions (débat devant le JLD – art. 137-1 et 145 du CPP ; débats devant la chambre de l'instruction – art. 199 du CPP).</p> <p>Article 199 CPP : les décisions rendues par les juridictions d'instruction du second degré sont secrètes, sauf demande d'audience publique par le majeur mis en examen (tant pour les débats que pour le prononcé de la décision).</p>
Jugements du JE rendus en chambre du conseil Décisions des juridictions de l'application des peines prises en chambre du conseil ou dans le bureau du magistrat	<p>Article 8 de l'ordonnance du 2 février 1945 : les jugements du JE rendus en chambre du conseil ne sont pas publics</p> <p>Articles 712-5, 712-6, 712-7 et 712-8 du CPP : les décisions relatives à l'application des peines ne sont pas rendues en audience publique</p>
Décisions des juridictions en matière de rétention et surveillance de sûreté	<p>Articles 703 et 711 du CPP : les décisions sur requête ne sont pas rendues en audience publique</p> <p>Article 706-53-15 : Les décisions sont prises après un débat contradictoire, lequel n'est public qu'à la demande du condamné.</p>

MODALITÉS D'ACCÈS RESTREINT AUX TIERS : communication subordonnée à une autorisation du procureur ou du procureur général

Décisions en matière criminelle, correctionnelle et de police autres que les arrêts, jugements, ordonnances pénales et titres exécutoires	<p>Au sens de l'article R. 156 du CPP :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les décisions et actes du parquet (classement sans suite, orientation vers une mesure d'alternative aux poursuites ou de composition pénale, saisine d'une juridiction ou d'un juge, réquisitions...) • Les ordonnances rendues par les magistrats du siège (JI, JLD, JE)
Décisions en matière criminelle, correctionnelle et de police non définitives	<p>Au sens de l'article R. 156 du CPP :</p> <ul style="list-style-type: none"> • les décisions frappées d'appel ou de pourvoi • les décisions dont le délai d'appel ou de pourvoi n'est pas expiré

RESTRICTIONS LÉGALES

Décisions couvertes par le secret de l'instruction	Article 114-1 du CPP : toute diffusion par les parties auprès d'un tiers est punie de 10 000 euros d'amende.
Actes d'accusation et tous autres actes de procédure criminelle ou correctionnelle avant qu'ils aient été lus en audience publique	Loi du 29 juillet 1881 : interdiction de publication sous peine d'une amende de 3 750 euros.
Identité du mineur accusé aux assises	Article 306 du CPP : interdiction de faire état dans les comptes rendus, sauf si les débats sont publics et que l'intéressé a donné son accord, sous peine d'une amende de 15 000 euros.
Identité du mineur délinquant	Article 14 ordonnance du 02 février 1945 : interdiction d'en faire état dans les comptes rendus et de mentionner son identité, même par une initiale, si la décision est publiée, sous peine d'une amende de 15 000 euros.
Procès en diffamation, procès relatifs aux affaires familiales et en matière d'avortement	Article 39 de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 : interdiction d'en rendre compte, de rendre compte des débats et de publier les pièces de procédures sous peine d'une amende de 18 000 euros. <i>NB : seul le dispositif des décisions rendues en la matière pourra être rendu accessible au public.</i>
Mineur en fugue, délaissé, s'étant suicidé ou victime d'une infraction pénale	Article 39 bis de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 : interdiction de diffuser, de quelque manière que ce soit, des informations relatives à son identité ou permettant son identification, sous peine d'une amende de 15 000 euros, sauf si la publication est réalisée à la demande des personnes ayant la garde du mineur ou des autorités administratives ou judiciaires.
Victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelle	Article 39 quinquies de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 : sauf accord de cette dernière, le fait de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, des renseignements concernant son identité ou l'image de celle-ci lorsqu'elle est identifiable, est puni de 15 000 euros d'amende.
Fonctionnaires de la police nationale, militaires, personnels civils du ministère de la défense ou agents des douanes appartenant à des services ou unités désignés par arrêté du ministre intéressé et dont les missions exigent, le respect de l'anonymat	Article 39 sexies de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 : le fait de révéler, par quelque moyen d'expression que ce soit, leur identité est puni d'une amende de 15 000 euros.

ANNEXE 3

COMPTES RENDUS D'AUDITIONS

Audition du syndicat de la juridiction administrative (SJA)

M. Marc CLEMENT
Mme Hélène BRONNENKANT

Exposé liminaire

Le SJA indique que l'*open data*, qui permettra demain de mettre à disposition du public des décisions de justice, pose une série de questions.

1°) L'*open data* pose des **questions au juge**. Un exemple permet de l'illustrer. Un site internet, baptisé *supra legem*, a classé les juges sur la base des décisions qu'ils rendaient en droit des étrangers. De ce site, il ressortait finalement une conception assez caricaturale des décisions prises par les magistrats, qui étaient identifiés comme étant « pour » les étrangers ou comme étant « contre » les étrangers. Par-delà ce seul exemple, la mise en *open data* des décisions de justice est susceptible de favoriser ce type d'approches : si elle est un atout pour la connaissance de la jurisprudence, il y a aussi un risque réel que les novices en justice identifient le juge comme étant « pour » ou « contre » eux. Le risque d'établissement de profils de juges est important, qui pourraient porter atteinte à la vie privée des magistrats et susciter une augmentation des demandes de récusation. Les décisions rendues pourraient en outre être associées à d'autres informations publiques concernant les magistrats. Ainsi, par exemple, l'utilisation des réseaux sociaux (même le seul fait de « liker » sur Facebook) contribuerait à créer un profil du juge, qui pourrait entraîner des récusations. Un article publié en Angleterre a étudié les liens qui peuvent être faits entre le profil du juge qui peut être dégagé à partir d'internet et sa façon de statuer dans l'exercice de ses fonctions.

2°) L'*open data* pose des **questions sur le développement des outils qu'il va générer**. En la matière, le SJA considère qu'il ne faut pas avoir une approche binaire, qui consisterait à surestimer les potentialités des outils à venir, ou au contraire qui conduirait à penser que les nouveaux outils développés ne fonctionneront pas et n'apporteront rien. Le SJA distingue plusieurs niveaux techniques d'exploitation des décisions de justice, du plus basique au plus avancé :

- niveau 1 : il s'agit de l'utilisation massive des bases de données ; ce niveau est atteint depuis plus de 10 ans et permet aux professionnels du droit de travailler dans de meilleures conditions ;
- niveau 2 : il s'agit du développement de bases de données plus sophistiquées comme des liens entre les décisions qui forment la jurisprudence ; ce niveau de développement est aujourd'hui envisageable ; il permet de naviguer de façon aisée dans des ressources juridiques considérables ;
- niveau 3 : il consiste en une sélection automatique des décisions de justice pertinentes à partir d'un problème posé ou par classe de problèmes sur la base d'une description succincte du cas à traiter ;
- niveau 4 : il permet d'obtenir des propositions de raisonnements alternatifs ; en complément du niveau précédent, il s'agit de proposer des *scenarii* de résolution de problèmes ;
- niveau 5 : il propose une décision automatisée.

Les cabinets d'avocat ont compris l'intérêt et les perspectives techniques d'exploitation des données de jurisprudence et investissent ce champ. Il faudra alors veiller à ce que les outils mis à la disposition des magistrats leur permettent de faire un travail équivalent à celui des parties.

3°) L'*open data* pose des questions de protection de la vie privée des personnes. Même en occultant les prénoms et les noms des parties, l'anonymat ne sera pas complet. Certains autres éléments de la décision permettront de retrouver l'identité des personnes concernées, *a fortiori* dans le contexte de la réforme en cours au Conseil d'État, qui va dans le sens de davantage de motivation des décisions. Ainsi, dès lors que dans la décision apparaissent des éléments comme le nom de la ville ou du village, ou encore la profession, il y a un risque de ré-identification de la personne. Un procès publié il y a quelques années a par exemple permis d'identifier le coiffeur d'un petit village grâce au nom de sa commune. Il faudra faire un important travail pour déterminer ce qui doit être publié ou non. Il se pose une question de savoir comment anonymiser et il pourrait être envisagé de laisser aux parties le choix de voir leur décision publiée en *open data* ou non. Enfin, le droit à l'oubli doit conduire à s'interroger sur le temps pendant lequel subsisteront certaines décisions rendues, notamment celles qui le sont en matière disciplinaire.

4°) L'*open data* pose une question de charge de travail. La charge de travail des juges et des juridictions administratives étant déjà importante, le travail d'anonymisation ne doit pas constituer une charge supplémentaire pour les juges. Il pourrait être confié à un service ad hoc.

Quel est votre avis sur le périmètre des décisions à diffuser ?

Il faut s'interroger sur les raisons qui conduisent ou non à publier les décisions de justice. Si l'on ne publie pas les décisions uniquement pour des raisons de volume trop important à traiter, cela est contraire au principe posé par la loi, qui impose de tout publier. Sur le fond, il n'y a pas de tri à faire entre ce qui est intéressant ou non au sein de la donnée publique. La question est plutôt celle de savoir si l'on peut ré-identifier ou non les personnes concernées par les décisions.

Pour le SJA, la question de la publication doit aussi être envisagée par rapport au juge. La difficulté réside notamment dans l'affectation de certaines décisions à un juge en particulier. Aux États-Unis, l'attribution à un magistrat d'une jurisprudence individuelle est généralisée. Il est même possible pour un juge d'exprimer une opinion dissidente. En France, cela n'est absolument pas la pratique. Si la France s'apprête à tout publier, il est important de préparer les juges à cela. Si, au contraire, la France ne publie pas une partie importante des décisions, il sera tout aussi important d'être capable d'en expliquer la raison et de pouvoir répondre aux éventuelles questions du public. Le SJA attire en outre l'attention sur la vigilance particulière qu'il faut avoir pour les juges administratifs, sur lesquels reposent les décisions très sensibles de l'état d'urgence.

Un membre de la mission retient l'observation concernant les États-Unis et précise qu'il y a en effet une différence de culture : en France, la justice est conçue de manière institutionnelle, alors qu'aux États-Unis, elle est davantage associée au juge qui la rend.

Quelle est la situation actuelle en matière de récusation des juges devant la juridiction administrative ?

La plupart du temps, elle est marginale. S'il est facile de répondre aujourd'hui, la difficulté se posera demain de manière beaucoup plus importante pour les contentieux à juge unique et en matière de droit des étrangers. Si des demandes répétées de récusation ciblent certains juges, il n'est pas exclu que le président de la juridiction soit amené, à l'avenir, à intervenir pour placer le juge dans un autre secteur.

Quelle réflexion mener sur l'utilisation des réseaux sociaux par les juges ?

Les juges ne peuvent pas être privés de l'utilisation des réseaux sociaux. Cependant, il faudrait peut-être envisager de les sensibiliser davantage à cette utilisation et, notamment, à l'intérêt pour eux de ne pas « poster » sous leur véritable identité.

Quelle est votre position sur l'anonymisation des noms des magistrats ?

Nous sommes en faveur d'une anonymisation du nom des magistrats pour prévenir les risques que nous avons mentionnés lors de notre exposé.

Comment concilier les règles européennes et américaines, qui ne sont pas identiques ? Qu'en est-il si les parties choisissent le droit au secret ? Si certaines parties choisissent de s'opposer à la publication de leurs décisions, cela ne risque-t-il pas de fausser le jeu des algorithmes ?

Dans le domaine international et européen, il y a effectivement la nécessité de savoir ce qui est fait au sein des autres pays pour ne pas être en décalage par rapport à eux. Cela a une incidence sur les choix à opérer et sur le travail à conduire concernant les outils d'exploitation.

En ce qui concerne les parties, il est important qu'elles puissent donner ou non leur accord à la publication de leurs décisions. Cela serait possible sur la base du respect des règles de droit d'opposition légitime, comme pour les opérateurs téléphoniques qui indiquent que la conversation peut être enregistrée et que le client peut refuser. La question est soulevée par un membre de la mission de l'autorité qui serait amenée à trancher en cas de conflit.

Dans le cadre de la protection de la vie privée des personnes, avez-vous réfléchi aux critères opérationnels, à des types de contentieux ?

Il y a une particulière sensibilité des contentieux à « coloration pénale », contentieux des sanctions, contentieux disciplinaire, contentieux fiscal, ainsi que des contentieux sociaux, du contentieux hospitalier, des marchés publics et de l'urbanisme. Le contentieux de l'état d'urgence est également, et de manière évidente, d'une particulière sensibilité.

N'y a-t-il pas un risque en matière de secret des affaires, alors que les décisions mises en ligne pourraient décrire des procédés internes à la société ?

En matière de secret des affaires, il y a certains mécanismes qui existent afin d'assurer une protection – par exemple sur la communication des pièces – mais une réflexion devra être menée dans le cadre de l'*open data*.

Dans la mesure où vous demandez une anonymisation poussée, le Conseil d'État sera-t-il en mesure d'anonymiser de façon suffisante avec ses règles ou doit-on indiquer des critères bien précis pour le service qui aura la charge de l'anonymisation ?

Il faudra définir des règles, mais elles doivent être simples à manier pour que le Conseil d'État (CRDJ), ou le service qui aura la charge de l'anonymisation, puisse les mettre en œuvre.

En ce qui concerne les noms des magistrats, la collégialité est-elle une protection suffisante ?

La collégialité n'est effectivement pas parfaite, notamment avec les possibilités de croisement pour déterminer les orientations individuelles des juges. Il faudra trouver des mécanismes qui protègent le juge.

Vous parlez d'un nettoyage périodique des décisions. Comment procéder au nettoyage de ces décisions ? Faut-il les retirer de la base des données ? Mais cela sera-t-il réellement efficace si elles ont été téléchargées à de multiples reprises dans l'entre-temps ?

Il semble opportun que toutes les décisions qui n'ont pas d'intérêt particulier soient retirées de la base au bout d'une durée à définir, d'autant que leur présence dans la base de données risque d'introduire un biais dans l'exploitation qui en est faite dès lors qu'elles sont périmées (à la suite, par exemple, d'un revirement de jurisprudence ou de changement de la règle qui en constituait le fondement juridique). Il y aura effectivement une difficulté pour récupérer les décisions diffusées sur internet et possiblement stockées dans de multiples autres bases. Un membre de la mission fait observer que cette récupération est même impossible en l'état des techniques.

Audition de l'association Open Law

M. Michaël BENESTY

Mme Camille CHARLES

M. Jean DELAHOUSSE

Exposé liminaire

L'association *Open Law* a entamé en septembre 2016, à l'initiative de la DILA, un travail sur l'*open data* des décisions de justice, la transparence et l'ouverture des données. Des travaux ont été réalisés sur plus de trois mois, jusqu'en décembre 2016, avec des éditeurs, des *start-up*, les juridictions suprêmes, la DILA, le ministère de la Justice, etc., qui ont conduit à l'établissement d'un livre blanc sur l'*open data* des décisions de justice.

Pour l'association *Open Law*, l'*open data* des décisions de justice est porteur d'enjeux importants :

- des enjeux politiques, avec l'intérêt qu'il peut représenter pour la défense du droit continental, qui est en concurrence directe avec les droits anglo-saxons, notamment dans le domaine des affaires. Or, pour qu'il soit visible et qu'il bénéficie d'un certain rayonnement, il faut qu'il soit accessible, ce que permettra demain l'*open data*.
- des enjeux de justice, avec la possibilité qu'offrira l'*open data* d'harmoniser davantage les pratiques judiciaires et d'obtenir des décisions « lissées », ce qui améliorera l'égalité des justiciables devant la justice. L'*open data* devrait également permettre à la justice de mieux se connaître et de mieux identifier ses propres biais. Il sera en outre possible de mieux mesurer les effets des nouvelles normes (décrets, lois, etc.).
- des enjeux techniques avec la nécessité de réaliser une diffusion de qualité des décisions (dans les formats, notamment) et qui permettra un chaînage entre les décisions et une recherche efficace (c'est notamment le travail autour de l'ECLI, *European Case Law Identifier*), car si cette masse ne peut pas être traitée correctement, cela ne présente pas beaucoup d'intérêt de l'ouvrir au public.

L'*open data* soulève aussi la question de la protection des données à caractère personnel. Il est souligné par l'association *Open Law* qu'il faudra définir clairement les types d'anonymisation, pour chaque type de jurisprudence, et les responsabilités de chacun, à chaque étape du processus (collecte, anonymisation, mise à disposition en *open data* brut, mise à disposition du public sur portail d'accès). Sur la question des responsabilités, *Open Law* envisage de travailler à cartographier les usages et la responsabilité des plateformes numériques. En la matière, la question d'un *open data* « public » et d'un deuxième flux, pour lequel l'anonymisation est moindre, est posée. Camille Charles indique qu'en matière de diffusion, les critères doivent être les mêmes pour tous, avec une capacité à accéder à toutes les informations.

QUESTIONS-RÉPONSES

Que mettez-vous derrière l'expression type de jurisprudence ?

Le type de contentieux. Il convient en outre de préciser que si les règles d'anonymisation peuvent différer, les algorithmes d'anonymisation, en revanche, doivent être publics.

Quelle est la position de l'association sur l'anonymisation des noms des magistrats ? L'anonymisation des noms des magistrats présente-t-elle un intérêt pour Open Law ?

Camille Charles souligne qu'elle n'a pas d'avis. Jean Delahousse indique que le fait d'avoir les noms ne présente qu'un intérêt limité. L'intérêt pourrait toutefois davantage être citoyen. Pour M. Benesty, fondateur du site « *Supra legem* » ayant établi des comparaisons de jurisprudences entre les juges administratifs statuant dans le cadre du contentieux des étrangers, il n'est pas certain que le fait d'avoir le nom des magistrats soit une bonne idée. Cela ne présente aucune utilité technique et n'apporte rien, hormis faire courir des risques de pressions à l'égard des magistrats. Selon lui, si l'on peut connaître les positions des juges au sein de la juridiction, cela ne doit pas être le cas en externe.

Pouvez-vous présenter de manière synthétique les intérêts et enjeux liés à l'open data pour les principaux acteurs privés ?

Open Law renvoie les membres au livret fourni en début d'audition, qui établit une cartographie des enjeux pour les acteurs. Concernant les éditeurs, ils détiennent pour le moment les seules bases de données, à l'exception de ce qui est diffusé sur Légifrance. Avec l'*open data*, les éditeurs devront réinventer leur façon de faire des bénéfices, d'apporter une plus-value. Il y a bien un impact économique pour eux et ils devront s'appuyer sur leur expertise acquise, notamment dans le maniement des données. Concernant les *start-up*, l'enjeu est d'avoir un maximum de données, rapidement. Elles ont un intérêt à ce que le système soit le plus ouvert possible, le cas échéant avec une anonymisation native des décisions, même s'il est à noter qu'une anonymisation native des décisions risquerait d'être un processus coûteux. Il est cependant certain que si le processus d'anony-

misation est entièrement entre les mains d'acteurs publics, les acteurs privés y gagneront de ne plus assumer la responsabilité qui est liée à la réalisation de cette tâche.

D'une manière générale, l'ensemble des acteurs a un intérêt à une augmentation de la donnée disponible, car plus il y a de données, plus le travail des algorithmes est efficace. La généralisation de la donnée disponible à l'ensemble des acteurs – et non plus à certains seulement – devrait aussi permettre de faire baisser les coûts de production, qui sont toujours plus élevés quand seulement quelques acteurs ont un accès aux bases. L'ensemble de l'écosystème bénéficiera de cette baisse.

Comment traiter la question des risques, notamment liés à la réidentification ? Pourrait-on envisager une certaine traçabilité des téléchargements ?

Il faut être conscient qu'une efficacité absolue des processus d'anonymisation est illusoire. Cela pose donc effectivement une question de responsabilité. S'il y a une responsabilité pour le diffuseur de la donnée, le livre blanc considère qu'une responsabilité du réutilisateur doit également être prévue. Le fait de ne pas centraliser la responsabilité sur une seule personne permet d'améliorer la qualité du processus en responsabilisant tous les acteurs. L'idée de la traçabilité du téléchargement peut également être intéressante.

Pouvez-vous expliquer la différence entre open data et open access ?

Dans le cas de l'open access, il s'agit de pouvoir accéder à une décision, la lire. Dans le cas de l'open data, il s'agit de pouvoir accéder aux données de la décision et les réutiliser.

Audition de M. Marc Van Opijnen

*Conseiller juridique informatique, département TIC
du Conseil supérieur de la justice des Pays-Bas
Version traduite en français*

Exposé liminaire

Les Pays-Bas ont commencé à publier leurs décisions de justice en 1999, en les mettant à disposition du public sur un portail unique. À cette époque ne figuraient sur ce portail que les décisions des juridictions commerciales ainsi qu'un certain nombre de décisions disponibles sur des bases documentaires internes. En 2001, un système de référencement des décisions par code numérique a finalement été mis en place (*Landelijk JurisprudentieNummer*, ou LJN, pour numéro national de jurisprudence). Ce système a facilité grandement l'accès aux décisions de justice. En 2013, ce numéro national a été remplacé par le référencement ECLI et des jugements antérieurs à 2001, qui n'étaient alors disponibles que sur des publications payantes, furent intégrés de même que, par la suite, des décisions qui avaient été référencées via le système LNJ ou qui se virent attribuer un identifiant ECLI. Bien que toutes les décisions de justice ne soient pas encore référencées, le gouvernement néerlandais vise aujourd'hui un objectif de référencement complet.

En construisant l'ECLI, il est apparu que la plupart des décisions européennes ne comprenaient pas de lien formel entre elles : il n'existe pas toujours d'hyperlien ou de lien direct entre une décision en appel et celle de première instance. De plus, il n'est pas toujours indiqué dans les décisions publiées si un appel a été interjeté et donc si un jugement est toujours pendant. Aux Pays-Bas, de tels rapprochements sont possibles et accessibles. Des mots-clés ou des sommaires sont également inclus lorsque sont publiées des décisions pour en faciliter la recherche. Ils permettent d'avoir un premier aperçu de leur contenu.

Les Pays-Bas ont également voulu trouver un moyen de sélectionner les décisions en fonction de leur références légales et compte tenu de leur importance à l'aide d'un logiciel permettant en outre le renvoi vers d'autres décisions de justice liées. Parallèlement à la mise en place de l'*open data* en 2004 et à l'adaptation du système néerlandais de référencement à ECLI en 2013, des critères permettant de déterminer l'importance des décisions de justice ont été revus en 2011. L'ensemble des décisions des hautes juridictions y sont publiées alors que celles des cours d'appel et de première instance sont soumises à une sélection basée sur leur importance sociétale et juridique. C'est à ce titre que les décisions concernant des meurtres, des homicides involontaires ou aboutissant à des peines de prison supérieures à 4 ans sont publiées bien qu'elles n'aient pas toujours d'intérêt particulier d'un point de vue juridique.

D'un point de vue européen, l'ECLI a permis la consultation de décisions de différents pays via une interface unique. Seize États et trois juridictions inter-étatiques européennes l'utilisent aujourd'hui, et cinq États s'y préparent. Un grand nombre des États-parties mettent à disposition l'ensemble de leur jurisprudence (5 millions de décisions en Roumanie par exemple), et les travaux du groupe ECLI ont cessé en octobre 2017. Ses deux premiers objectifs, aujourd'hui remplis, étaient à l'origine de faire adhérer huit pays à ce système et de construire un système d'accès au lien entre les décisions. Ce dernier consiste ainsi en un tronc commun ainsi qu'un *plug-in* en plusieurs langues, décrivant les règles spécifiques de référencement pour chaque partie (ce système a été également mis en œuvre en espagnol et italien). Enfin, le troisième objectif du groupe, qui était de développer une seconde version du système ECLI, a été partiellement atteint avec la publication du rapport de février dernier¹⁷⁹.

Un dernier objectif consistait à permettre la recherche comparative des publications de jurisprudences des États membres. Dans ce rapport, il est ainsi évoqué comment les décisions sont sélectionnées en Europe, de manière positive (en incluant) ou négative (en excluant). Ce processus de sélection existe dans la plupart des pays de manière indirecte en ce que les hautes juridictions ont tendance à publier davantage que les juridictions de première instance. De plus, il existe une réelle approche différente entre les pays d'Europe de l'est et de l'ouest. À l'est, la plupart des États publient quasiment toutes leurs décisions, quelle que soit la juridiction concernée (Lituanie, Macédoine, Hongrie, Slovaquie par exemple, la république Tchèque s'y attelant). Cela est possiblement dû au manque de confiance dans le pouvoir judiciaire dans ces anciens pays du bloc soviétique. Cependant, avec un accès si large (5 millions de décisions en ligne pour la Roumanie) à des décisions anonymisées, il devient particulièrement difficile de trouver une information intéressante et réutilisable sans moteur de recherche adapté.

179/ M. van Opijnen, G. Peruginelli, E. Kefali, M. Palminari, *On-line publication of Courts Decisions in the EU*, 15 February 2017.

S'agissant de l'anonymisation des décisions, des règles distinctes s'appliquent selon que l'on se trouve dans un pays de *Common Law* ou non. Pour ceux-ci, en effet, le principe de « justice ouverte » s'applique et les décisions ne sont généralement pas anonymisées. Les pays de droit civil anonymisent leurs décisions mais selon des méthodes variées : certains utilisent des initiales, parfois choisies au hasard, ou de fausses identités (Espagne). D'autres noircissent les mentions permettant l'identification des parties et d'autres les remplacent par le rôle qu'elles jouent (défendeur, demandeur...), ce dernier système semblant le plus adapté car facilitant le plus la lecture (c'est le cas en Lettonie et aux Pays-Bas).

Les techniques utilisées pour anonymiser les décisions varient également, mais elles sont essentiellement manuelles. La Roumanie utilise, quant à elle, un logiciel, mais une vérification manuelle doit se faire *a posteriori*. Cette solution a également été adoptée aux Pays-Bas, bien que le logiciel en question ne soit plus utilisé aujourd'hui (essentiellement pour des raisons de budget et de difficultés avec le prestataire en charge). La reprise manuelle des décisions est nécessaire, car les logiciels ou intelligences artificielles n'ont en effet pas aujourd'hui atteint un niveau de perfectionnement suffisant pour que l'on puisse se contenter de l'anonymisation informatique. Dans d'autres pays, comme à Chypre, les magistrats, lorsqu'ils rédigent les décisions, précisent quelles informations risquent de permettre l'identification des parties (cela peut par la suite servir à l'anonymisation des textes). Il en résulte que des copies non anonymisées sont remises aux parties et conservées au tribunal et une copie anonymisée est rendue publique, à partir de ces informations.

Une autre difficulté consiste à déterminer quelles informations représentent un risque en termes d'identification des parties. Au premier coup d'œil, certaines peuvent paraître innocentes alors que, dans les faits, elles permettraient une réidentification. Tout dépend du contexte de la décision, mais il semble qu'il soit presque toujours impossible de déterminer à l'avance quelles données permettraient cette réidentification.

L'encadrement réglementaire européen en matière d'accès à l'*open data* public et à sa réutilisation a également permis un changement en termes d'utilisation des données. En effet, malgré la publication des données de justice, dans certains pays européens, leur exploitation commerciale n'était jusqu'à présent pas autorisée. En outre, dans certains cas, dans les pays de l'ouest notamment, la réutilisation des données, même publiées, s'avérait peu pratique en raison du format des fichiers qui contiennent les décisions.

La masse de données produite par l'*open data* peut avoir un impact négatif sur l'utilisation des décisions en ce qu'elle conduirait à une surcharge d'informations (infobésité). Certains juristes, pour cette raison, ne souhaitent pas qu'elles soient toutes publiées, notamment du point de vue de leur intérêt pour la recherche. Une trop grande quantité de données rendrait en effet difficile leur exploitation comme l'a souligné dans une recommandation le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Cela conduit à s'interroger sur la pertinence ou non de certaines de ces décisions. À titre d'exemple, la CEDH classe ses décisions en quatre catégories. La première contient toutes les décisions, jugements et commentaires publiés et sélectionnés par la cour. Les trois autres catégories sélectionnent les autres décisions par ordre d'importance : l'une contenant 6 % des décisions, la deuxième 11 % et la troisième 82 %. Cette catégorisation permet différents périmètres de recherche pour celui qui souhaite en exploiter les données.

Afin de déterminer quelles décisions sont les plus importantes, deux solutions sont possibles. L'une consiste à *taguer*, manuellement, celles qui peuvent être considérées comme telles (comme le fait la CEDH). La seconde consiste à utiliser un logiciel qui détecterait les références à une décision dans d'autres décisions sur un site de publication de décisions. Sur cette base ainsi qu'un certain nombre d'autres variables, la décision « source » serait considérée comme importante. La difficulté principale de cette technique est qu'en cas de revirement de la jurisprudence, l'arrêt (ou la décision) en question apparaît toujours comme importante. Ce type de problème peut être surmonté par l'utilisation de solutions informatiques qui sont cependant difficiles à mettre en place.

Aux Pays-Bas, la plupart des universitaires ainsi que des professionnels du droit souhaitent voir l'ensemble des décisions rendues publiques mais ne cherchent pas à expérimenter l'exploitation des données qu'ils en tireraient avant que la mise à disposition au public soit complète. Cela conduit M. Van Opnjen à avoir des doutes sur l'intérêt d'une publication à une telle échelle. Ce qui pourrait éventuellement se passer serait qu'une fois l'ensemble des décisions publié, les chercheurs commenceraient à s'intéresser à leur usage, mais il existe toujours un risque que nous soyons devenus dépendant au système actuel qui sélectionne, de fait, certaines décisions importantes selon leur intérêt commercial pour les tiers.

Aujourd'hui, il demeure difficile de déterminer quelles données devraient être anonymisées puisque cela n'est pas précisé par la réglementation européenne (règlement général sur la protection des données – RGPD). Il est légalement prévu que les données personnelles directes tels les noms et prénoms des individus doivent être anonymisées, mais il demeure difficile de savoir quelles autres informations devraient l'être ou non pour éviter une réidentification. Il doit également être tenu compte du fait que, dans de nombreux États membres, toutes les données ne sont pas divulguées ou utilisées dans le jugement si elles ne

sont pas nécessaires à la décision. Il est à noter que, en raison du droit à la protection de la vie privée et pour certains États qui n’anonymisent pas, les décisions ECLI ne peuvent être trouvées ni sur Google ni sur un autre moteur de recherche, en raison d’un protocole d’exclusion empêchant l’indexation de leurs sites.

En outre, l’article 17 RGPD dispose que les décisions qui ne seraient pas correctement anonymisées devraient passer par un nouveau processus d’anonymisation ou effacées, sur le site officiel qui les publie, mais également des bases de données extérieures qui les auraient utilisées ou publiées. C’est un problème presque insoluble à l’heure actuelle puisqu’il est impossible d’assurer un suivi exhaustif de la diffusion d’une décision ou de son utilisation.

Le recours à des feuilles formatées pour éviter la réidentification s’avère d’autant plus difficile à mettre en place que les décisions se complexifient. De plus, il n’existe pas de formule standard généralement utilisée dans les jugements qui sont pour la plupart non structurés. Au surplus, les données personnelles peuvent grandement varier d’une décision à l’autre, ce qui laisse en suspens la question de savoir quelles données pourraient persister dans une décision ou non. La CEDH ne s’est pas prononcée sur la question mais le fera sans doute un jour. Une solution, éventuelle, serait de demander à un groupe d’universitaires spécialisés en informatique (par exemple) de tenter de réidentifier une personne à partir d’une décision qui aurait été anonymisée et d’en tirer les conséquences.

QUESTIONS-RÉPONSES

Comment la publication des décisions est-elle financée aux Pays-Bas ?

Les budgets sont négociés entre le ministère et les cours. Les cours procèdent à l’anonymisation.

Quelle fut la réaction des juges à l’annonce de la publication des décisions ?

Les juges néerlandais avaient décidé d’eux-mêmes, depuis longtemps, de publier leurs décisions de justice considérant qu’elles aident les cours à s’organiser et à analyser leur propre jurisprudence. Aux États-Unis, certains avocats sont prêts à payer très cher des sociétés qui leur permettent de savoir auprès de quel juge ils ont le plus de chance de remporter une affaire. L’anonymisation varie selon les pays (du juge).

Quels logiciels sont utilisés pour trier les données juridiques des décisions aux Pays-Bas ?

Il y en a deux : l’un d’eux est public et a été développé par le gouvernement sur la base des travaux de M. Van Opijnen. Le second a été développé au niveau européen via le projet BO-ECLI décrit auparavant. Le logiciel créé est en accès *open source*.

M. Marc VAN OPIJNEN hearing

*Senior adviser legal informatics, department for Internet Applications
of Dutch Council for the Judiciary
Version originale en anglais*

The judiciary in the Netherlands started to publish court decisions on the internet in 1999. At that time a project started to publish those decisions together with commercially published decisions and internal database through one portal. In 2001, to this end a national system assigning an individual identifier to decisions was created (Landelijk JurisprudentieNummer, or LJN). Thanks to it, all legal decisions got a number which would then help the legal community to find more easily information they would be looking for in one of them. Later on, this national identifier was replaced by the ECLI in 2013 and decisions made even before 2001, and which were only available through commercial publications, also had and LJN and later ECLI assigned. Some decisions do not still have ECLI, but the Dutch government aims at assigning one to all of them.

Building up ECLI, it appeared that most of decisions in European countries lacked formal links between decisions: a link between first instance decisions and higher courts' is not always directly made. Moreover, it is not always indicated whether a decision is still pending or if a case has been appealed. In the Netherlands, a link between decisions in the same course of proceedings is made when consulting decisions online. Key words or summary are also added to get a quick grasp of the contents of a case.

The Netherlands also wanted a way to search by legal references. To do so, a specific software needed to be built. These computer readable links can also be used to calculate the importance of decision or to find related cases. Additionally to the disclosing public data in 2004, and adapting their national decisions identifier to ECLI in 2013, they detailed on what criteria courts' decisions should be selected (revised in 2011). All decisions of the highest courts are published; for the district courts and courts of appeal a positive selection process is used: those decisions that are considered important for legal or societal reasons are made available. For this reason, for example, cases concerning manslaughter or murder or leading to four years convictions are published, although they might not be that interesting from a legal point of view.

From a European point of view, ECLI has allowed to consult decisions from multiple countries in one search interface. Sixteen states and three European courts have already implemented it and five are working on it. Many Member States, but by far not all, give access to all decisions (5 million in Romania for example). The BO-ECLI project ended in October 2017. Its first aim was to implement ECLI in eight states, and secondly, to build software for link detection, like it was also realised in the Netherlands. The software consists of a common core, and plug-in for specific languages, describing the specific citation rules for that country. A Spanish and Italian implementation were developed. A third objective was to develop a second version of the ECLI standard, a question which is partially answered in a report from last February.

Another goal was the – already mentioned – comparative research on case law publication in Europe. In this report, it is described how courts decisions are selected throughout Europe, through positive or negative selection. Most high courts publish most of their decisions, when this is not the case for first instance courts mostly. There is a real division between eastern and western European countries: in the east, nearly all the decisions are published from all courts (Lithuania, Macedonia, Hungary, Slovakia; Czech republic is working on it). This is possibly due to a distrust towards courts in these countries. However, with so many decisions published, there is also a risk of an information overload. In Romania, with 5 million decisions online which are anonymised, it gets very difficult to find interesting and usable information without good search engine.

As far as the anonymisation is concerned, different rules apply to civil law and common law countries. For these latter (United-Kingdom, Ireland, Malta), the principle of open justice apply and decisions are generally not anonymised. Various techniques are in use in civil law countries: most of them use initials, sometimes random ones or fake names (Spain), some are blackening data and some use replacing name by role (defendant, etc.). The last system seems to be the best as it makes decisions more readable (done in Latvia and the Netherlands).

Techniques in use to anonymise decisions varies, but it is mostly made manually. On the other hand Romania use a software, but then has to recheck manually. This is also what was done in the Netherlands but the software is not in use anymore for budget reasons and issues with the subcontractor. The use of software and artificial intelligence has proven to be mostly unreliable as technology is not yet good enough. In Cyprus, for instance, judges when drafting the decision, identify manually who the parties are; this can be used later to anonymise the text. One copy of the decision, which is not anonymised is kept by the parties and the court and information about the identity of the parties are removed.

Another issue concerning anonymisation is to identify which ones represent a risk. At first glance, some information might not appear to be so when they actually are. It depends of the context but you never know specifically what indirect data are concerned.

The EU directive on the re-use of public sector information also led to a shift in term of licence to use as in some countries commercial use of Courts decision was not allowed. In western countries, even if decisions are published, it is still difficult to exploit them commercially as there is no standardized or computer readable format.

The amount of data produced may have a negative impact on the use of the decisions, leading to an overload. Some lawyers do not want all decisions to be published as from a research point of view, this makes them more difficult to exploit. Moreover, a recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe also stresses this point. This leads to wonder which one could be characterised as important or not. Legal relevance differs from one point of view to another. To this purpose, the ECHR has divided decisions into four categories, one contains all decisions published in the “case reports” and three categories, one containing 6% of all its decision, one with 11% and one with 82%. The two first categories contain the most important decisions from the Court’s point of view and a legal researcher can decide whether he want to make a narrow research or a broad one.

To determine what decisions are the most important, there are two solutions. One consists in tagging decisions, mentioning which one entails a particular legal interest (as the ECHR does). Another is to use a specific software: in this context, one has to detect how decisions are related to one another and based on that as well as on other variables, determines which one are the most important. One drawback is that if the decision gets overruled, it still appears as important, but this can be addressed through specific software, which is not easy to create.

In the Netherlands, some academics and legal professionals want all the decisions to be published, but never even tried to experiment on a small sample at first to assess what they could do with the data. This leads Mr. van Opijnen to caution: what might occur is that, once all the decisions are published, researchers will start to get interested in it and find a use to it, but there is always a risk of having become dependant of commercial third parties to assess which are the most important decisions.

Today, it is still difficult to determine what data should be anonymised as this is not covered by the EU regulation (by the GDPR). Personal data (name, addresses) have to be made anonymous by Law, but it is difficult to determine what information to separate from others when they identify an individual. It should also be taken into account that in many members states, not all personal information are disclosed, and that only those which are necessary to the process are made accessible. For privacy protection purposes, court decisions in some member states that do not anonymise the decisions, cannot be found on Google or other search engine, by disallowing search engine to index their websites (using the robots exclusion protocol).

Art. 17 of the GDPR, specifies that when anonymisation is not done properly, the decision should be anonymised again or deleted on the website which published it, but also for third parties which copied or used it. This is a particular problem as it is impossible to keep track of who downloaded the decisions or are using them.

The use of specific forms to prevent re-identification is difficult as for complicated decision, there is no standardized formula in use generally and as courts’ decisions are mostly unstructured. Personal data could be really different form one case to another, so it is still an open question as to what criteria should be taken into account. The ECHR might rule on it some day. Academic experiences could help to establish whether re-identification is possible once anonymisation is done.

QUESTIONS-ANSWERS

How is it financed in the Netherlands?

Budgets are discussed between courts and the ministry. The courts are in charge of doing the whole process of anonymisation.

What was the reaction of the judges, in the Netherlands, to the publication of their decision?

They had decided themselves to do so a long time ago, because it also helps them, the courts, to analyse their own papers and their Case Law. They then can do a proper analysis of their courts’ decision.

In the US, some lawyers pay a lot of money to know which judges they should go to, based on their decision. Anonymisation varies depending of the country.

What software are used to detect legal links?

There are two projects. One is Government funded and was created on the basis of M. van Opijnen’s work.

The other one was developed in the project BO-ECLI, described above. The software is available as open source.

Audition de la direction de l'information légale et administrative (DILA)

M. Bertrand MUNCH, Directeur

Mme Hélène ALVES, mission information régaliennne, administrative et économique

Exposé liminaire

La DILA (Direction de l'information légale et administrative) est un service rattaché au Premier Ministre, en charge de la gestion de Légifrance, mais aussi du site « *service public* » et de *La documentation française*.

Le site Légifrance comprend un certain nombre de rubriques, dont une rubrique de jurisprudence dont la consultation représente aujourd'hui environ 10% des 100 millions de visites par an. Il est un lieu d'exposition des décisions, essentiellement celles qui sont rendues par les hautes juridictions. Les décisions lui sont adressées après sélection par les juridictions, selon des modalités propres à chaque ordre. Les décisions mises en ligne sont pseudonymisées : les décisions du Conseil d'Etat sont pseudonymisées par cette juridiction alors que celles de la Cour de cassation le sont par la DILA. Toutefois, dans les mois qui viennent, ce travail de pseudonymisation des décisions des juridictions de l'ordre judiciaire devrait passer à la Cour de cassation. En cas de mauvaise pseudonymisation, la responsabilité de l'Etat peut être retenue.

La question de la publication à venir de l'ensemble des décisions de justice change les choses. Si la DILA n'est pas directement concernée par les questions de fond soulevées par l'*open data* des décisions de justice (par exemple les questions de justice prédictive), elles sont tout de même susceptibles d'avoir un impact sur son activité. Concernant le vecteur de cet *open data*, il n'est pas certain que le site Légifrance soit le plus adapté. Le but de Légifrance n'est pas de multiplier les données, mais de donner au citoyen un outil de diffusion du droit au service de la démocratie et de la transparence. Or, il n'est pas évident que toutes ces données de justice constituent de la jurisprudence : beaucoup deviennent rapidement obsolètes ; de nombreuses ne sont que des décisions d'espèce, etc. Face à une multiplication des données, l'utilisateur pourrait avoir d'importantes difficultés à retrouver le droit en vigueur dans la masse.

QUESTIONS – RÉPONSES

Quel serait donc le rôle de Légifrance et, s'il n'est pas employé dans le cadre de l'*open data* des décisions de justice, quel autre vecteur utiliser ?

La vocation de Légifrance n'est pas d'exposer toutes les décisions de justice. Légifrance n'est pas le vecteur de l'ensemble des données numériques ; c'est une simple organisation matérielle de mise à disposition facile de données juridiques numérisées. Si des dispositions l'imposent à la DILA, elle le fera, mais ce n'est pas l'intérêt initial de Légifrance. Toutes les décisions de justice ne sont pas de la jurisprudence. En revanche, d'autres vecteurs, comme le site data.gouv.fr pourraient être utilement employés pour la diffusion de ces données ; peuvent aussi être envisagés des entrepôts de données ou des sites propres.

Pouvez-vous expliquer le système mis en place par la DILA pour réaliser la pseudonymisation ?

Ce travail est réalisé grâce à un outil qui permet l'identification des éléments à anonymiser. Il y est en outre dédié 1,5 ETP. En matière de pseudonymisation, la DILA suit les recommandations de la CNIL de 2001 : les noms des parties et leurs adresses sont retirées des décisions diffusées. Ces éléments sont occultés de manière automatique, mais un contrôle manuel est réalisé. Il arrive que des demandes supplémentaires d'occultation soient adressées à la DILA par des usagers craignant une ré-identification. La CNIL et le SGG ont fixé une doctrine commune pour y répondre. Ces éléments supplémentaires peuvent alors être occultés manuellement. Il s'agit des numéros de téléphone, dates de naissance, prénoms des enfants, prénoms rares, surnoms, lieux-dits et adresses électroniques.

Combien de retours d'usagers avez-vous concernant les décisions pseudonymisées mises en ligne ? Avez-vous des statistiques sur le nombre de demandes d'occultations supplémentaires formulées ?

L'année 2016 a été marquée par une augmentation du nombre des demandes d'usagers, d'environ 20 % à 30 %. Au total, ce sont 200 demandes par an que traite la DILA sur environ 40 000 décisions annuellement diffusées, pour un stock total de 1,5 millions de décisions de justice. Les principales demandes concernent les mineurs cités dans les décisions, ainsi que les personnes morales. La DILA refuse fréquemment des demandes d'occultation concernant les noms des personnes morales.

Avez-vous déjà décidé de ne pas publier une décision au regard du risque de réidentification ?

La DILA n'a pas connaissance que cela ait déjà été fait. En la matière, la DILA n'a pas vocation à décider sur cette question ; elle se contente de prendre les décisions de justice qui lui ont été transmises anonymisées par le Conseil d'État et, selon toute probabilité, anonymisées par la Cour de cassation dans les prochains mois, puis de les mettre en ligne. Elle sert de vecteur *via* Légifrance mais n'a pas vocation à analyser le risque et à prendre une décision au regard de cette analyse.

Quid de la possibilité de modifier une décision déjà diffusée ou de la retirer ?

C'est très compliqué. La DILA n'a pas la main sur les opérateurs qui récupèrent les décisions mises en ligne ou mises en *open data*. La configuration était très différente lorsqu'il y avait des contrats de licence avec des réutilisateurs qui permettaient de répercuter des modifications. La DILA agit toutefois encore auprès de ses réutilisateurs connus (anciens licenciés). Il existe également des possibilités de déréférencement, *via* Google, qui rendent ensuite la décision difficile à trouver.

Existe-t-il des possibilités de diffuser les décisions en format XML, facilitant la réutilisation ?

Sur Légifrance, les décisions sont en format XML.

La recommandation de la CNIL de 2001 est-elle suffisante pour prévenir la réidentification dans le contexte de l'open data ?

La CNIL travaille avec la DILA sur différents sujets, comme les questions de reconnaissance de naturalisation. D'une manière générale, il semble clair qu'une anonymisation absolue – écartant tout risque de réidentification – n'est pas possible. Il y a toutefois un équilibre à trouver. Cela passe aussi par la responsabilité du réutilisateur.

En matière de prévention de la réidentification, il faut également signaler l'existence de solutions techniques limitant certains traitements comme le CAPTCHA, qui limite la capacité des robots à faire de la recherche automatique sur certaines décisions.

Quels autres risques avez-vous pu constater grâce à votre expérience avec data.gouv.fr ?

Il y a un risque de mauvaise analyse juridique de la part de l'utilisateur. La DILA travaille à améliorer ses outils de recherche pour éviter que les moins savants et les non-juristes ne tirent des données publiées des conséquences et des analyses contraires à l'état du droit. En outre, afin d'améliorer les recherches, un travail de normativisation européenne (ECLI) est actuellement en cours pour améliorer l'identification des décisions au sein de l'espace européen. Le travail sur l'ECLI n'est pas parfait, mais c'est un outil qui existe, qui est opérationnel et qu'il sera intéressant de développer et d'utiliser.

Audition de l'association pour le développement de l'informatique juridique (ADIJ)

M. Fabien WAECHTER, Président

Mme Anne-Charlotte GROS, Vice-présidente

Exposé liminaire

L'ADIJ a pour objectif de rapprocher l'informatique et le droit. Elle regroupe tous les professionnels du droit et du numérique. Elle a développé une véritable réflexion sur l'*open data* des décisions de justice, qui est le sujet de l'un de ses ateliers. Elle est donc en mesure de soumettre à la mission des propositions sur la question.

L'ADIJ considère que la décision de justice est trop sensible pour être diffusée au public en l'état. Elle contient des données personnelles qui ne peuvent pas être mises en ligne. Le justiciable ne doit pas avoir à craindre que sa décision soit publiée. Or, l'anonymisation des décisions de justice ne fonctionne pas ; il y aura toujours une possibilité de réidentification. Il a même été rencontré une personne qui a exprimé le souhait de créer une entreprise de réidentification. Il faut éviter les dérapages, notamment de la justice prédictive. L'ADIJ est en situation de proposer un système qui permettrait une diffusion des décisions sans prendre de risque pour la vie privée des personnes concernées. Ce système comporte deux solutions, l'une qui pourrait être mise en œuvre immédiatement et l'autre qui serait mise en œuvre à moyen terme. Son objectif est de mettre à disposition les données, notamment pour permettre aux entrepreneurs d'offrir des services, tout en assurant la protection de la vie privée des personnes.

Le premier dispositif, de moyen terme, consisterait, grâce à un logiciel qui serait mis en place dans les greffes, à récolter les données tout au long de la procédure, à partir du moment où le dossier est ouvert au greffe jusqu'au moment où la décision est rendue. À partir de ces seules données, une « minute-data » serait constituée et pourrait être diffusée au public. La décision originale du juge, en revanche, resterait la pièce de procédure de référence, au dossier, et ne serait pas publiée. Il s'agit là d'un projet qui nécessiterait une durée de cinq années environ pour être mis en œuvre. Il pourrait être expérimenté à partir d'un greffe-pilote, comme pour le RPVA, et associerait étroitement les avocats. L'accès aux données serait identique entre les avocats et les magistrats, pour respecter le principe d'égalité des armes.

Un second dispositif, plus immédiat, permettrait de diffuser un certain nombre de données à court terme. Le système repose sur un travail conduit avec les avocats, qui libéreraient la jurisprudence qu'ils détiennent. Il traiterait cette jurisprudence afin de réaliser eux-mêmes la « data-minute » et la mettraient à la disposition du public.

QUESTIONS – RÉPONSES

Comment concilier votre proposition avec la rédaction des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique, qui visent la mise à disposition du public des décisions de justice alors que vous souhaitez mettre à disposition uniquement certaines données ?

Il faut avoir conscience que l'anonymisation ne sera jamais parfaite. L'ADIJ propose une data-décision qui pourrait entrer dans le champ de la loi pour une République numérique. En outre, ce qui intéresse les personnes et les entreprises, ce sont davantage les données que les décisions.

Quels seraient le coût et la charge de travail pour les greffes ?

C'est une question qui fait partie du chantier *open data*. En tous les cas, il y aura un coût à l'*open data*, quel que soit le système retenu.

Comment les magistrats pourraient-ils accepter que leurs décisions soient reprises et réécrites par les greffes et les avocats ? Et si la data-décision était sujette à interprétation ?

La data-décision est la décision entière du magistrat. L'esprit est de ne pas toucher au travail du magistrat. La décision est celle qui est rendue par le magistrat et constituée des données de l'affaire. Sur cette question, il faudra un groupe de travail associant tous les acteurs, notamment des chercheurs, des professeurs, des acteurs privés et les professions judiciaires.

Il semble difficile de relayer une telle proposition auprès des avocats. La data-décision que vous proposez comportera bien le résultat du litige mais sera dépourvue d'une partie des faits et de toute la motivation du juge ?

La data-décision comportera les données essentielles de l'affaire. Les avocats ont intérêt à ce que cette proposition fasse l'objet d'une analyse, alors que les processus d'anonymisation des décisions n'apportent pas de résultats suffisants pour assurer la protection de la vie privée des personnes. Il pourrait être possible de construire un logiciel.

Avez-vous déjà une maquette de logiciel ?

Nous pourrions avoir un prototype, mais il est important d'associer rapidement les greffes.

Sur quels fondements juridiques les avocats pourraient-ils diffuser des data-décisions ? Y-a-t-il des dispositions sur lesquelles vous vous appuyez ?

Il serait très intéressant d'associer les avocats au processus de diffusion de la jurisprudence. Ils pourraient être un relais, notamment financier, dans cette démarche. Cette mission correspond à leur place naturelle d'intermédiaire entre la Justice et le Droit.

L'analyse des travaux parlementaires ne laisse pas penser qu'il soit question d'autre chose que des décisions de justice aux articles 20 et 21. Il n'est donc pas certain que la data-décision permette de satisfaire à l'obligation de la loi. N'y a-t-il pas là une difficulté majeure ?

Les travaux parlementaires mettent en évidence l'intention du législateur que les décisions de justice soient accessibles à tous. Il y a effectivement un problème, mais la loi oblige à libérer des décisions qui ne sont pas libérables. Il faudra trouver une solution.

Audition du conseil national des greffiers des tribunaux de commerce (CNGTC)

M. Jean POURADIER-DUTEIL, Président

Mme Sophie JONVAL, Vice-présidente

M. Bernard BAILET, Président du GIE Infogreffe

Exposé liminaire

S'agissant des enjeux et des personnes concernés par l'*open data* des décisions de justice, pour le CNGTC, le public visé par les dispositions de la loi pour une République numérique concerne aussi bien les personnes morales que les personnes physiques.

Concernant les rôles des acteurs dans le processus de mise à disposition des décisions, celui des juridictions est essentiel pour le CNGTC. Toutefois, dès lors que les juridictions sont chargées d'opérer l'anonymisation, elles seront responsables professionnellement en cas de réidentification.

S'agissant du périmètre de la mise à disposition et des règles d'anonymisation, pour le CNGTC, il incombera au décret de les préciser. Il relève cependant une question particulière concernant les sociétés commerciales tenant au fait qu'à travers l'identification de la société, personne morale, il y a le risque de retrouver la personne physique, notamment le dirigeant de la société, à partir de l'extrait Kbis. Par ailleurs, concernant les mesures de sanction, celles-ci ont en principe une durée, mais dès lors que la décision est diffusée sur l'internet, il y a le risque qu'elle reste indéfiniment. Se pose donc la question du droit à l'oubli.

Sur l'anonymisation des noms des professionnels de justice (avocats et magistrats), le CNGTC relève que la réponse est moins simple qu'en ce qui concerne les noms des parties. Il y a des risques réels à voir publier ces noms, notamment un risque de *forum shopping*. En analysant les jurisprudences bien établies, le risque de *forum shopping* par les sociétés est particulièrement fort en matière commerciale. Le CNGTC se pose également la question de savoir si, dans ces conditions, l'anonymisation ne doit pas concerner aussi les noms des juridictions. Pour le CNGTC, ces questions sont essentielles, car la justice de demain étant prédictive, les justiciables risquent de choisir une juridiction parce que les règles que ce tribunal ou ce juge utiliseront mèneront à l'application de la loi la plus favorable à leurs intérêts. Il y a enfin la question particulière des juges consulaires, qui sont issus du monde de l'entreprise, élément qui plaide en faveur d'une anonymisation de leurs noms.

Pour le CNGTC, les vecteurs de mise à disposition du public sont les greffes. L'anonymisation entre pleinement dans le champ du métier des greffiers. Du point de vue technique, les greffiers détiennent les décisions de justice et sont donc les mieux placés pour les diffuser. Le CNGTC suggère de créer un portail avec les décisions rendues par juridiction. Il faudra déterminer s'il y a une reprise du stock des décisions rendues antérieurement à l'entrée en vigueur du décret d'application. La question du coût de l'anonymisation et de la mise à disposition est également importante et devra être prise en compte.

QUESTIONS – RÉPONSES

Afin d'éviter les risques de réidentification, doit-on retenir une conception stricte de l'open data ou plutôt étendue ?

Pour déterminer le périmètre, le CNGTC attend le décret. Une attention particulière doit être portée au risque de réidentification. Se pose également la question de la durée de la mise à disposition. Il indique à ce titre que le fichier des interdictions de gérer comporte une durée, avec une notion de droit à l'oubli. De ce point de vue, est intéressante l'affaire, venue devant la CJUE, d'un commerçant italien, qui, après avoir fait faillite quelques années auparavant, se voit attribuer le marché de la construction d'un complexe touristique, sans que ses immeubles ne se vendent. Il impute cet échec au fait qu'il était possible de découvrir, dans le registre italien des sociétés, qu'il avait fait faillite par le passé. Le juge italien a saisi la CJUE d'une question préjudicielle pour savoir si les personnes ayant administré une société pouvaient demander la limitation de l'accès aux données les concernant à l'expiration d'un certain délai après la dissolution de la société. La réponse de la CJUE a été négative sur le fondement de l'intérêt public à connaître ces informations. Pour le CNGTC, cette décision semble en opposition avec une anonymisation des noms des personnes morales.

Vous évoquez le rôle des greffiers dans l'anonymisation et la responsabilité de l'autorité qui met à disposition les décisions. Croyez-vous que cela soit possible pour les greffiers d'assumer cette responsabilité ou concevez-vous leur rôle autrement, par exemple en lien avec une autre autorité ?

Cela fait partie du rôle du secrétaire de juridiction d'assumer cette responsabilité. Il n'y a pas d'autre autorité nationale pour l'assumer. Les greffiers des tribunaux de commerce sont prêts à assumer la responsabilité de la mise à disposition du public des décisions de justice.

La question de la rémunération des greffiers peut-elle resurgir avec cette nouvelle fonction qui serait exercée par les greffiers des tribunaux de commerce ?

Oui. Cette question est évoquée par la loi sur la croissance économique. Il y a des coûts à couvrir. Si le travail d'anonymisation et de mise à disposition est confié aux greffiers, il faudra certainement envisager l'ajout d'une ligne de rémunération dédiée pour compenser l'attribution de cette nouvelle tâche. Cela ne représentera aucun coût pour l'État.

Existe-t-il d'autres intérêts à protéger ou d'autres spécificités à prendre en compte dans le cadre de l'open data des décisions des tribunaux de commerce ?

Il y a la question des procédures collectives. Le périmètre des décisions de justice s'étend-il aux décisions non juridictionnelles, notamment aux décisions d'ouverture ou aux décisions des juges-commissaires en matière de procédures collectives ? Cette question est importante car si ces décisions sont dans le champ de l'open data (il faut notamment voir leurs conditions de publicité et d'accès), il faudra mettre en place une protection spécifique.

Les greffiers des tribunaux de commerce seront-ils en mesure de proposer un portail unique de mise à disposition ou existera-t-il un ensemble de portails, ce qui pourrait nuire à la qualité de l'accès aux décisions ?

Les greffiers des tribunaux de commerce seront en mesure de proposer un portail unique. Il existe déjà une harmonisation et une centralisation des décisions commerciales par l'apport de chaque juridiction à Infogreffe. Un accès unique au niveau national sera donc techniquement réalisable.

La non-anonymisation des personnes morales ne risque-t-elle pas aussi d'être un moyen pour un particulier de se renseigner sur une entreprise, et notamment sur la qualité des prestations qu'elle délivre ? Les comptes annuels, par exemple, sont une fenêtre ouverte sur l'entreprise et ses affaires.

Il faut effectivement trouver un équilibre pour ne pas risquer de causer d'importants préjudices aux entreprises. Une absence d'anonymisation peut mettre en péril la société, ce qui constitue un vrai enjeu économique. Sans anonymisation, le risque pourrait être de retrouver un classement des entreprises réalisé sur la base des décisions rendues par les juridictions. Il y aurait de surcroît un risque de déséquilibre entre les petites et les grosses entreprises, car ces dernières auront la capacité de trouver les moyens juridiques et techniques de se cacher.

Avez-vous des retours d'expérience en matière d'anonymisation de décisions concernant des entreprises ?

Au tribunal de commerce, il n'y a pas encore de diffusion au public des décisions. Le CNGTC n'a quant à lui aucun retour en ce qui concerne les décisions d'appel, qui, pour une partie d'entre elles, sont mises en ligne mais ne relèvent pas des greffiers des tribunaux de commerce.

Serez-vous en mesure de proposer un chaînage des décisions mise en open data ?

Le lien pourrait être mis en place, mais est-ce la volonté du législateur ? Est-ce une nécessité ? Le fait de savoir si un jugement est frappé d'appel ne relève-t-il pas de l'opérateur du marché ?

Avez-vous eu des demandes d'éditeurs ou d'universités concernant de la jurisprudence commerciale ?

Oui, une demande en provenance d'un éditeur. Il lui a été fourni des copies de décisions mais pas des données.

Audition de l'union syndicale des magistrats (USM)

M. David MELISON, Secrétaire national

Mme Pascale LOUE WILLIAUME, Trésorière nationale adjointe

Exposé liminaire

L'USM indique, pour le regretter, que les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique n'ont donné lieu à aucune consultation des organisations syndicales ni à aucune étude d'impact préalable. La loi n'a en outre prévu aucun séquençage explicite sur la mise en œuvre de l'*open data*.

En dehors des enjeux généraux concernant la transparence en démocratie et la conservation du patrimoine que constitue la jurisprudence, l'USM identifie une pluralité d'enjeux et de risques plus spécifiques liés à l'*open data* :

- un risque pour la protection de la vie privée des personnes : il pourrait y avoir des erreurs dans le processus technique d'occlusion des identités ; il y a en outre un risque de réidentification dans un contexte où les informations ne sont pas seulement accessibles ponctuellement mais peuvent au contraire servir à des croisements de données ;
- des enjeux et risques économiques : si la diffusion des décisions constitue une opportunité économique non négligeable, pour les éditeurs et les start-up notamment, il y a aussi des risques de dérives liés à l'utilisation de ces données (par exemple, en matière de banque et d'assurances, avec des offres qui pourraient évoluer et se renchérir dans certains domaines) ; et ce d'autant qu'en matière d'exploitation commerciale, les garanties offertes par le règlement européen semblent moins importantes que celle de la loi du 6 janvier 1978 ;
- des enjeux pour la qualité de la justice : des travaux de recherche scientifique pourront être conduits ; il pourrait y avoir une amélioration de la rationalité (modélisation des décisions de justice) et de la prévisibilité de la justice en réduisant l'aléa judiciaire ; toutefois, le risque d'une uniformisation est grand alors que les résistances jurisprudentielles ont également leur intérêt pour la justice (une partie du droit de la consommation, par exemple, s'est construite ainsi) ; le risque de performativité n'est pas non plus à négliger, avec comme résultat un assèchement de la jurisprudence, *a fortiori* si les algorithmes sont fondés sur des critères simplificateurs ; il n'est en outre pas certain que le contentieux baisse (la diffusion des décisions de la Cour de cassation n'a pas fait baisser le nombre des saisines de cette juridiction : certains plaideurs maintiennent des moyens dont on sait qu'ils seront rejetés) ;
- un risque d'atteinte à l'impartialité et à l'indépendance des magistrats : à raison de leur jurisprudence, les magistrats pourraient faire l'objet d'un *bench marking* et subir des pressions de la part d'avocats, de médias, de leur hiérarchie, voire de l'exécutif avec un enjeu pour leur carrière ; ce risque est particulièrement fort lorsque les magistrats statuent sur certains sujets sensibles ; ces craintes pourraient conduire à une diminution de la qualité de la motivation de la part du juge, qui voudrait éviter de trop s'exposer ;
- un risque de forum shopping : en fonction des jurisprudences des magistrats ou des tribunaux, des mécanismes consistant à choisir la juridiction devant laquelle le litige est porté pourraient se développer ;
- un risque pour les personnes morales : elles ne bénéficient pas de la même protection que les personnes physiques mais le traitement de certaines informations les concernant pourrait poser problème.

S'agissant des acteurs, l'USM indique qu'il faut accorder un rôle important aux magistrats. Le magistrat doit pouvoir choisir lui-même si la décision doit être diffusée ou non, en fonction des intérêts en jeu, d'office ou à la demande des parties. Il ne pourra toutefois pas réaliser lui-même l'anonymisation des décisions diffusées. En outre, il ne faudra pas que l'*open data* constitue une nouvelle charge de travail sans compensation pour les magistrats dans un contexte de vacance des postes. Il faut donc que sa mise en œuvre soit pensée de manière globale, dans le cadre de la loi pluriannuelle de programmation que l'USM demande et après réalisation d'une étude d'impact. En raison du principe de la séparation des pouvoirs, l'USM est en tous les cas opposée à toute sous-traitance de ces missions à des institutions non judiciaires. Le décret à venir devra poser des principes directeurs auxquels il ne peut être dérogé sur ce point. Le CSM, chargé d'assurer la protection de l'indépendance des magistrats, ou, à défaut, la Cour de cassation, doivent se voir investis des missions de mise à disposition, la CNIL devant jouer de son côté un rôle important dans la sécurisation de la base de données en concertation avec l'autorité judiciaire. Il faudra consulter les organisations syndicales sur le rôle de chacun au moment de l'élaboration des décrets.

Sur les bases de données, l'USM souhaite que l'accès à des décisions non anonymisées soit réservé aux seuls magistrats et fonctionnaires en activité. Les avocats pourraient bénéficier d'un accès à des décisions non anonymisées concernant uniquement leurs clients. Les personnes concernées devront avoir un droit d'accès, d'opposition, de modification et de rectification, dont le décret devra préciser les contours.

Sur le périmètre de l'*open data*, la lecture des débats parlementaires met d'abord en évidence que le législateur n'a pas souhaité écarter du champ de l'*open data* les décisions non définitives. Peuvent en revanche être écartées les décisions de classement sans suite, les mesures d'administration judiciaire (parfois simplement inscrites sur le dossier) et il est permis de s'interroger sur la diffusion des décisions gracieuses (divorce par consentement mutuel, homologations, etc.), des ordonnances pénales et des décisions présentant peu d'intérêt (décisions mettant fin à l'instance, décisions de retrait du rôle, etc.). Il faudra veiller à ce que la cohérence et la lisibilité de la décision soient préservées, mais si un choix avec la protection de la vie privée doit être fait, c'est la vie privée qui doit primer. Quant aux contentieux, devraient être écartées toutes les décisions concernant les mineurs (JE, JAF, filiation, etc.), toutes les décisions ordonnant des mesures de protection (tutelles des personnes majeures), et toutes les décisions en amont du jugement pénal. La question se pose du sort des décisions qui couvrent un secret (secret médical, secret professionnel, secret des affaires, secret-défense, secret de l'instruction, etc.), qui ne relèvent pas nécessairement de la protection de la vie privée.

Sur l'exigence d'anonymisation, l'article L. 111-13 COJ impose une analyse préalable du risque de ré-identification des personnes. Les risques de croisement de données sont importants. L'anonymisation doit porter sur les parties, les témoins, les tiers mentionnés, mais aussi les greffiers, les auxiliaires de justice, les enquêteurs, les magistrats. L'identification des noms des professionnels peut aussi être un élément favorisant la ré-identification des noms des parties. Il faut en outre occulter certaines données sensibles qui pourraient permettre la ré-identification, comme les données téléphoniques ou bancaires, voire les références cadastrales.

Concernant la question de l'anonymisation du nom des magistrats, l'USM indique qu'elle est indispensable. La publication des noms n'est pas du tout de nature à favoriser l'accès au juge mais risque au contraire d'aboutir à des détournements de procédure et à une critique de la personne du magistrat. Il suffit de voir l'expérience du site « Supralegem » en matière de droit des étrangers. Loin d'aboutir à améliorer la confiance du justiciable en la justice, la diffusion des noms pourrait en réalité l'affaiblir. Il y aura en outre une contradiction avec la politique exprimée par la DSJ qui recommande aux magistrats de limiter leur présence sur les réseaux sociaux. L'USM est par ailleurs défavorable à l'attribution d'un matricule pour remplacer les noms des professionnels de justice, qui ne serait pas efficace, notamment pour les professionnels exerçant dans les petites juridictions.

Sur les vecteurs, ils doivent être mis en œuvre par des entités publiques. Un service public doit être chargé de la mise à disposition au public des décisions judiciaires. Son organe de direction doit comporter notamment des magistrats de l'ordre judiciaire et le CSM doit jouer un rôle de contrôle. Il s'agit là de garanties en faveur de l'indépendance de la justice.

Enfin, l'USM présente le fonctionnement intéressant de la SOQUIJ, société québécoise fondée en 1976 et chargée de la gestion de la donnée publique. Cette société est composée de juges, d'avocats, de notaires, de fonctionnaires du ministère de la justice et d'universitaires. Elle a pour mission de recueillir, analyser, diffuser et publier l'information juridique en provenance des tribunaux et des institutions, dont certaines décisions de justice, le Québec n'ayant pas d'*open data* des décisions de justice mais se situant dans une logique de sélection. Elle publie un rapport annuel et ses membres sont tenus par une charte éthique.

QUESTIONS-RÉPONSES

Vous avez évoqué le droit pour la juridiction de choisir ou non de diffuser la décision. Est-ce vraiment pertinent ? Ce droit serait à l'appréciation discrétionnaire du juge ?

Pourquoi ne pas laisser ce choix aux juridictions ? C'est ce qui existe au Canada. Il s'agirait d'une première appréciation, avant celle qui est liée à la question de la ré-identification. Il faut faire confiance aux premiers contributeurs que sont les magistrats. Cela pourrait, le cas échéant, donner lieu à recours.

Pourquoi pensez-vous que l'open data n'entraînera pas de déjudiciarisation ?

C'est ce qui a été constaté en ce qui concerne la Cour de cassation. En dépit de la diffusion de sa jurisprudence, cette juridiction demeure saisie de nombreux moyens qui ne tiennent absolument pas. Les perspectives d'une solution défavorable n'empêchent pas toujours les saisines des justiciables. Le rôle des conseils pourrait néanmoins être précieux et, s'il est appuyé, des mécanismes comme la médiation pourraient alors se développer, comme en Allemagne ou en Grande-Bretagne.

Quels sont les risques afférents à l'anonymisation totale, incluant les noms des professionnels ? Dans la sphère internationale, les noms des magistrats ne sont pas anonymisés. Y a-t-il un risque réel dans ces pays ? Comment l'expliquez-vous ?

D'une part, en France, les juges n'étant pas élus, il n'existe pas la même pratique d'identification d'un juge à sa jurisprudence, comme dans certains pays, notamment anglo-saxons.

D'autre part, dans la plupart des pays, comme c'est le cas actuellement en France, seules certaines décisions sont mises à la disposition du public, principalement celles des juridictions suprêmes, ce qui ne crée pas du tout les mêmes risques de pression ou d'atteinte à la sécurité qu'en première instance, notamment dans certains contentieux comme ceux des mineurs ou des affaires familiales.

Comment envisagez-vous la question des algorithmes et quelle est votre analyse sur les finalités de l'open data ?

En ce qui concerne les algorithmes et l'accès à ces algorithmes, l'USM indique que le travail du juge français est encore artisanal. Dès lors, il faut se poser la question de l'accès à ces algorithmes qui vont devenir des outils de travail pour les juges ainsi que celle de leur transparence. Et ce également parce que si le magistrat n'a pas confiance en l'outil mis à sa disposition, il ne l'utilisera pas.

L'*open data* peut avoir de nombreuses finalités, mais il est aussi un facteur de risques. L'USM est donc en faveur d'une ouverture parcimonieuse, par exemple sur un site-pilote, afin de bénéficier du recul d'une expérimentation.

Audition de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA)

M. Marc DANDELOT, Président

Mme Manon PERRIERE, Rapporteur général

Mme Christelle GUICHARD, Secrétaire générale

Exposé liminaire

La CADA est, par principe, compétente pour connaître de la communication, de la diffusion et de la réutilisation des données publiques. Toutefois, en ce qui concerne les décisions de justice, elle n'est compétente que pour la réutilisation des données publiques qu'elles contiennent. Les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique n'apportent donc aucune nouveauté en renvoyant aux articles du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) relatifs à la réutilisation des informations publiques et se contentent en réalité de codifier la doctrine de la CADA. La doctrine habituelle de la CADA s'appuie en effet sur la jurisprudence du Conseil d'État : les décisions juridictionnelles ne rentrent pas, au stade de leur communication et de leur diffusion, dans le domaine de compétence de la CADA.

La CADA est toutefois très sollicitée dans le cadre de l'*open data* des décisions de justice, notamment parce que le retard dans la publication du décret d'application inquiète certains acteurs économiques qui s'estiment lésés, principalement par rapport aux éditeurs. Elle est ainsi saisie par des particuliers qui se sont vus refuser l'accès à certaines décisions par les juridictions. Récemment encore, une société a souhaité avoir accès à toutes les minutes civiles du TGI de Paris, ce qu'elle s'est vue refuser, et a saisi la CADA. L'affaire est toujours pendante mais un avis a été rendu le 7 septembre 2017.

Selon la rapporteur générale, il n'est pas à exclure que la CADA évolue dans sa doctrine selon laquelle un document juridictionnel n'entre pas dans le champ de sa compétence, ce qu'elle a pu commencer à faire, de manière très limitée et prudente, dans un avis du 3 novembre 2016. Le rapporteur général de la CADA estime en effet que la jurisprudence du Conseil d'État qui fonde cette doctrine pourrait évoluer. Cette jurisprudence est d'ailleurs davantage justifiée par des impératifs pratiques que par des impératifs juridiques.

Il est probable que la publication des décrets réglera le problème. Il faudra toutefois bâtir une cohérence entre les règles d'anonymisation au stade de la diffusion en ligne et ces mêmes règles au stade de la réutilisation.

QUESTIONS-RÉPONSES

Sur question de plusieurs membres de la mission, la CADA indique qu'elle a pu constater que les motifs de refus de communication de certaines décisions n'étaient pas clairs. Or, d'une part, le code des relations entre le public et l'administration impose des motifs de refus, notamment si la communication sollicitée requiert un effort disproportionné, ce qui n'était pas mentionné en l'espèce. D'autre part, il est aussi dans le rôle de la CADA d'encourager la valorisation des données publiques, même si elle reconnaît bien évidemment la possibilité de ne pas faire droit à toutes les demandes.

Elle précise le contenu de l'avis émis le 17 novembre 2016. La CADA a considéré que si les dispositions de l'article L. 311-5 CRPA permettent de refuser la communication d'un document qui porterait atteinte au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à ces procédures, sauf autorisation de l'autorité compétente, il n'exclut nullement du champ de la CADA les documents d'ordre juridictionnel. Or, la jurisprudence *Bertin* du Conseil d'État du 7 mai 2010 conduit à une immunité quasi-complète des juridictions en matière de droit d'accès aux documents. Pourtant, pour le rapporteur général, il existe des documents liés à l'activité juridictionnelle mais non à une procédure ou qui n'auront plus de lien juridictionnel une fois celle-ci close. Dans le cas d'espèce, saisie d'une demande tendant à ce que le tribunal administratif de Cergy-Pontoise communique certains documents administratifs d'urbanisme versés au dossier de procédure, la commission a refusé de regarder la demande comme visant des documents juridictionnels exclus du droit d'accès prévu par le CRPA, estimant que la circonstance selon laquelle ces documents étaient détenus par le tribunal administratif ne leur faisait pas perdre leur qualité de document administratif. La commission a cependant précisé dans cette décision que cette circonstance n'était pas de nature à faire perdre à ces derniers leur caractère administratif mais fait obstacle à ce que le droit d'accès ouvert auprès des autorités administratives par le premier alinéa de l'article L. 311-1 soit exercé auprès du tribunal administratif.

La commission a considéré que cette règle de communication ne devait pas avoir pour effet de porter atteinte aux garanties fondamentales qui s'attachent à l'exercice des libertés publiques, au nombre desquelles figure la liberté d'accès aux documents administratifs. Par conséquent, elle estime que, si une juridiction se trouve être en possession du seul exemplaire d'un document administratif, il lui appartient d'assurer, par tout moyen, l'effectivité de la mise en œuvre du droit d'accès à ce document.

Sur question de plusieurs membres de la mission, la CADA indique en outre que la frontière entre l'accès au document et la réutilisation des données peut parfois, dans certains cas, poser difficulté, notamment en ce qui concerne la question du format de mise à disposition (article L. 300-4 du code des relations entre le public et l'administration) qui a nécessairement une incidence sur la réutilisation. Dans cette hypothèse la CADA peut être amenée à se prononcer sur certains formats de diffusion qui peuvent empêcher la réutilisation des données.

N'y a-t-il pas un risque que la CADA intervienne dans l'accès à des documents juridictionnels au regard de la spécificité des missions des juridictions ?

Il est difficile de voir quel serait ce risque, d'autant qu'il ne s'agit pas pour la CADA de se déclarer compétente pour l'ensemble des documents juridictionnels mais seulement certains d'entre eux, dans les circonstances déjà évoquées. Les demandes des justiciables sont légitimes alors que l'accès à certains documents ou décisions est parfois difficile et que les politiques d'accès varient de manière significative en fonction des juridictions.

Le fait que le législateur ait renvoyé expressément à la compétence du CRPA pour la seule réutilisation – alors qu'il n'était pas dans l'obligation de le faire au regard de la doctrine de la CADA – ne doit-il pas amener à considérer a contrario que les étapes de l'accès et de la diffusion ont été exclues du champ du CRPA et donc du champ de compétence de la CADA ?

Il s'agit là d'une interprétation sur laquelle on peut ne pas être affirmatif et à laquelle le rapporteur général ne croit pas.

Les règles de mise à disposition de l'open data des décisions de justice doivent-elles conduire à plus de protection et de contraintes que les règles ordinaires de communication des documents administratifs ?

La rédaction des articles 20 et 21 ne vise pas une occultation plus poussée que l'occultation exigée dans les documents administratifs. En vertu de l'article R. 321-6 CPRA, les données de référence sont mises à disposition du public sous forme électronique par l'administration qui en assure la production ou par une autre administration désignée par elle. Lorsque les administrations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont pas en mesure d'en assurer la mise à disposition conformément aux prescriptions prévues par l'arrêté mentionné à l'article R. 321-7, les données de référence sont alors mises à disposition par le service mentionné à l'article R. 321-8.

Audition de la CFDT-Interco

M. Thomas TURLIN, délégué CFDT à la Cour de cassation

Exposé liminaire

Les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique ont eu peu d'échos au sein des greffes. Lorsque le sujet émerge, il y a une crainte des agents de greffe, principalement portée sur la question d'un surcroît de charge de travail.

La CFDT n'a pas de position de principe, pour ou contre l'*open data*. L'*open data* ouvre des perspectives positives, notamment un accès plus abondant aux décisions de justice pour les justiciables et une transparence plus grande. Elle est aussi porteuse de risques, liés à l'ouverture des données, qui concernent principalement la vie privée des personnes et la mise en concurrence des juridictions. Ces risques doivent pouvoir être circonscrits.

La mise en œuvre de l'*open data* pose des questions de faisabilité technique et intervient à un mauvais moment. Aujourd'hui, Cassiopée, pour la chaîne pénale, ne donne pas satisfaction. Portalis, pour la chaîne civile, n'est pas encore déployé dans les juridictions, alors même que va se déployer le service d'accueil unique du justiciable créé dans la cadre de la réforme J 21. La réussite du projet *open data* est clairement conditionnée par la réussite du projet d'informatisation de l'institution judiciaire. La CFDT considère que l'on ne peut pas répondre aux besoins de la justice du XXI^e siècle avec les moyens du XIX^e siècle.

Sur l'anonymisation des décisions, la CFDT considère que cette tâche ne doit pas peser sur les juridictions du fond. Ce travail doit être confié à un service centralisé pour qu'il y ait une uniformisation du travail. Il faudra disposer d'un logiciel fiable car l'automatisation est indispensable pour assurer l'anonymisation d'un nombre si important de décisions. Il est indispensable que ce logiciel fonctionne sans un contrôle humain systématique des décisions après anonymisation. Un tel contrôle requerrait des ressources humaines beaucoup trop importantes dans un contexte de manque d'effectif dans les greffes. Si l'anonymisation a pour conséquence d'imposer aux greffes de travailler à partir de trames, cela pourrait entraîner des problèmes de réorganisation.

Sur le périmètre de la mise à disposition des décisions, il faudra tenir compte des contraintes techniques. Les contentieux sont gérés par des applicatifs différents (par exemple, WINCI CA ne gère que les décisions civiles) et toutes les décisions ne peuvent pas être mises à disposition dans les mêmes conditions. Il faudra en outre planifier des dates de mise en œuvre échelonnées et suffisamment éloignées pour permettre le développement des solutions informatiques avant de faire peser de nouvelles obligations sur les greffes car la masse de travail est considérable. Les décisions concernées doivent être les décisions à venir, sans reprise du stock.

Enfin, sur la question de l'anonymisation du nom du greffier, la CFDT considère qu'elle est liée à celle du magistrat. Si le nom du magistrat est anonymisé, celui du greffier doit l'être également afin qu'il ne reste pas uniquement le nom du greffier et que le justiciable ne lui fasse pas porter une responsabilité qu'il n'a pas dans la décision qui a été rendue. Concernant la question spécifique des conseils de prud'hommes, les noms des conseillers, et donc des greffiers, doivent absolument être anonymisés. En effet, les décisions sont rendues par des juges non professionnels, qui sont susceptibles de retourner en entreprise et qui pourraient subir des discriminations. La CFDT craint également la mise en concurrence des conseillers des différentes organisations syndicales, par exemple à travers la publication de tableaux comparatifs sur la moyenne des indemnités accordées par conseiller. Cela aurait pour effet de porter atteinte à la nécessaire neutralité et indépendance des conseillers. Leur nom ne doit pas apparaître.

QUESTIONS-RÉPONSES

Quel est l'avis de votre syndicat sur l'anonymisation des noms des magistrats ?

Je laisse le soin aux syndicats des magistrats professionnels d'y répondre.

L'anonymisation des décisions prud'homales concerne uniquement les juges ou cela doit aussi concerner les greffiers ?

Cela doit aussi concerner les greffiers car si l'on anonymise les noms des conseillers, il ne reste que les noms des greffiers. Or, ce nom, seul sur la décision, risquerait d'être associé à la décision par le justiciable.

Les juridictions administratives envoient les décisions de façon anonymisée. Cela est-il envisageable pour les greffes judiciaires ?

En l'état actuel des logiciels mis à disposition dans les juridictions, ce travail ne peut pas être fait par les juridictions du fond. Il nécessite de scanner un document, de le modifier, de l'écraser et enfin l'enregistrer sous un nouveau format. Ce travail implique de nombreuses opérations non automatisées, qui consomment beaucoup de temps et qui n'est donc pas compatible avec la charge de travail actuelle des greffes et l'état des effectifs.

Le raisonnement sur l'anonymisation des noms des magistrats est-il le même pour les TASS et, d'une manière générale, les juridictions où siègent des magistrats non professionnels ?

Ce raisonnement est valable pour l'ensemble des magistrats non professionnels.

Audition de l'union syndicale des magistrats administratifs (USMA)

Mme Sophie TISSOT, Présidente

M. Olivier DI CANDIA, Secrétaire général

Exposé liminaire

L'USMA regrette de ne pas avoir été consultée lors de l'écriture des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique alors que le sujet de l'*open data* des décisions de justice a une importance particulière pour le juge administratif.

L'*open data* permettra un accès plus important aux décisions et renforcera ainsi le rôle et la place du juge, qui aura davantage de visibilité. Il représente un avantage aussi bien pour les magistrats que pour les justiciables. Il constitue une démocratisation des données. Les citoyens ont en effet le droit de savoir comment la justice est rendue. Les magistrats pourront par ailleurs bénéficier d'éléments de comparaison de leur jurisprudence et savoir quelles sont les autres pratiques.

Il faut cependant assurer l'anonymisation des noms des magistrats et des greffiers. Il s'agit d'abord de protéger les magistrats et les greffiers, notamment leur sécurité, d'autant plus dans le contexte actuel de l'état d'urgence. Il s'agit ensuite d'éviter des exploitations statistiques, comme en matière de contentieux des étrangers, qui stigmatisent les magistrats et donc affaiblissent la confiance des citoyens dans la justice. Il faut que la justice puisse être rendue de façon sereine.

L'anonymisation des décisions de justice doit être assurée par le Conseil d'État ou, en tous les cas, par une institution qui ne soit pas extérieure au ministère de la justice. Aujourd'hui, elle est réalisée par les documentalistes au sein des juridictions. La création d'une cellule spéciale au Conseil d'État ou à la Chancellerie peut être envisagée.

Les risques de réidentification impliquent qu'une réflexion particulière ait lieu sur la protection de la vie privée pour certains contentieux qui doit conduire soit à une anonymisation renforcée, soit à leur exclusion du champ de l'*open data*. Il s'agit notamment de la responsabilité hospitalière, de la fonction publique et de l'urbanisme.

QUESTIONS-RÉPONSES

Parmi les décisions à juge unique et les ordonnances, certaines doivent-elles être exclues du champ de l'open data ?

Oui. Il y a notamment les décisions préparatoires au jugement qui ne méritent pas forcément une diffusion. Elles n'ont qu'un faible intérêt pour les justiciables. Les ordonnances d'irrecevabilité peuvent en revanche avoir un certain intérêt, ainsi que certaines ordonnances qui, ponctuellement, peuvent apporter des indications aux justiciables pour l'introduction d'un recours.

Ya-t-il, outre ceux que vous avez évoqués, des contentieux que vous identifiez pour leur sensibilité particulière et qui pourraient faire l'objet d'un traitement spécifique ?

Le contentieux des marchés publics est aussi un contentieux sensible, ainsi que le contentieux fiscal au regard des informations concernant les entreprises parties dans ces litiges. Ils nécessitent de faire preuve de vigilance.

En ce qui concerne les contentieux sensibles, vous établissez une liste qui est longue. Quelles seraient les conséquences en termes de diffusion ?

Les priorités sont vraiment les contentieux de la fonction publique et de la responsabilité hospitalière, pour lesquels il pourrait être envisagé de ne pas les diffuser quand le risque de réidentification est trop important. Pour les autres, il faudra assurer une protection au niveau des modalités d'anonymisation et de diffusion, sans vider les décisions de leur sens.

Et en ce qui concerne le contentieux des étrangers ?

L'anonymisation de l'identité devrait suffire à garantir la protection de l'individu. Les noms des requérants, membres de la famille et employeurs n'apparaissent pas, mais juste la nationalité, ce qui limite le risque de réidentification.

L'identification des noms des magistrats et secrétaires permettrait-il, selon vous, de faciliter la réidentification des justiciables ?

Ce risque n'est pas évident. En revanche, il y a un risque réel de forum shopping.

Qui doit être vigilant dans la prévention du risque de réidentification ?

La vigilance doit exister « à chaque étage ». Le juge qui rend la décision doit être vigilant, mais aussi le Conseil d'État en charge de la gestion des bases. En cas de risque de réidentification en dépit des occultations réalisées, il faut décider de ne pas diffuser.

Que pensez-vous de l'idée de laisser au juge la possibilité d'exclure une décision du champ de l'open data ?

Oui, cela pourrait être une possibilité qui lui serait laissée car il est celui qui appréhende le mieux les enjeux du dossier et la situation des personnes concernées.

Quelles sont les règles de publicité en matière administrative ?

Les jugements sont prononcés publiquement. Les prononcés ayant lieu à huis clos sont très rares, voire exceptionnels, sauf en matière d'état d'urgence.

Audition du syndicat des greffiers de France (SDGF/FO)

Mme I. BESNIER- HOUBEN, Secrétaire général

Mme Sophie GRIMAULT, Greffière au TGI de Limoges

Exposé liminaire

Pour le syndicat des greffiers de France, la masse des décisions à mettre en *open data* représente un vrai sujet et suscite de nombreuses interrogations : comment collecter les décisions ? Comment assurer leur diffusion ? Comment en organiser le stockage ? Quels formats employer ? Comment choisir les décisions à publier et qui déciderait ?

Si l'*open data* permet d'améliorer la transparence de la justice, d'assurer un accès plus large aux décisions et de renforcer la confiance des justiciables en la justice et sa prévisibilité, il représente aussi un bouleversement des cultures.

L'*open data* pose également des questions de moyens. Quels moyens humains et matériels seraient nécessaires pour accomplir les différentes fonctions du processus de mise à disposition ? Il semble que cette tâche reviendra aux greffiers. Or, il est certain que les greffiers ne peuvent se voir confier une tâche supplémentaire sans avoir les moyens supplémentaires qui y correspondent.

Les perspectives ouvertes par les nouvelles technologies pourraient conduire à stigmatiser les greffiers et les magistrats. Les greffiers souhaitent donc que leurs noms soient anonymisés.

QUESTIONS-RÉPONSES

Pouvez-vous préciser vos propos sur les charges qui pèseraient sur les greffiers en matière d'anonymisation ?

Selon les informations du moment, il semblerait que l'on se dirige vers un rôle du greffe pour la collecte et l'anonymisation des décisions, car le greffe est le garant de l'authenticité de l'acte.

Pourtant, d'autres systèmes sont possibles : la DILA anonymise les décisions de la Cour de cassation et plusieurs systèmes d'anonymisation existent sans recours aux greffiers des juridictions...

Peut-être. En tous les cas, il manque 500 greffiers au niveau national. Les greffiers ne sont donc pas demandeurs que ce travail leur revienne, ou alors avec les moyens adaptés.

Quels contentieux pourraient être exclus du champ de l'open data ?

L'état des personnes, les tutelles et le droit de la famille au regard de leur grande sensibilité.

Quels types de données anonymiser ?

Il faut anonymiser tout ce qui pourrait permettre de réidentifier les personnes physiques ou morales.

En matière pénale, existent-ils des domaines à exclure ?

Il ne faut pas exclure le pénal, mais regarder s'il y a un risque de réidentification, notamment pour les victimes.

Vous êtes pour l'anonymisation des noms des greffiers, pouvez-vous nous donner un peu plus de précisions ?

Les collègues sont contre l'apparition de leurs noms. Les greffiers ont des craintes, notamment dans le contexte des attentats. Il s'agit d'une position générale, pour toutes les juridictions et tous les contentieux, y compris les prud'hommes.

Audition du syndicat de la magistrature (SM)

Mme Katia DUBREUIL, Secrétaire nationale

Mme Laurence BLISSON, Secrétaire générale

Exposé liminaire

Le syndicat de la magistrature salue l'objectif de l'article 21 de la loi pour une République numérique de permettre l'accès au public des décisions de justice, qui participe des principes du procès équitable et constitue un facteur de la confiance du public dans la justice. Dans le sillon de la jurisprudence de la CEDH, qui protège les justiciables contre une justice secrète, l'*open data* constitue un progrès qui permettra une plus grande ouverture des données et, par conséquent, une meilleure prévisibilité du droit, source de sécurité juridique. La mise à disposition gratuite de l'ensemble des décisions de justice marque un progrès certain par rapport à la situation actuelle largement dominée par les acteurs privés du marché.

La publication de l'ensemble des décisions de justice doit toutefois être réalisée en tenant compte de certains risques :

- elle pourrait consister en la délivrance d'une masse informe de décisions ; le syndicat de la magistrature estime que la diffusion des décisions doit être assortie de la diffusion d'analyses pour les accompagner ; il y a un enjeu de compréhension des données et de référencement ; il faudra mettre en évidence les décisions les plus pertinentes et celles dont la portée est la plus générale, voire être en mesure de signaler si une décision se rattache à tel ou tel mouvement jurisprudentiel particulier ;
- elle peut porter atteinte à la vie privée des personnes (un employeur, par exemple, pourrait faire des recherches sur un candidat à une offre de travail) ; la protection de la vie privée des personnes doit donc évoluer dans ce nouveau contexte de massification des décisions diffusées ; les exigences issues de la recommandation de la CNIL n° 01-057 du 29 novembre 2001 ne sont plus suffisantes ; la prévention de la réidentification doit désormais être assurée, tout en s'efforçant d'éviter de vider les décisions de leur sens par l'occultation de trop nombreux éléments ;
- elle pourrait aboutir à une forme d'unification artificielle et conservatrice de la jurisprudence, qui la fixerait dans le présent, au détriment des jurisprudences minoritaires qui sont un facteur de développement du droit ; le syndicat de la magistrature est attaché à ce que le droit soit vivant à tous les niveaux juridictionnels et non uniquement à celui de la Cour de cassation ; les juges du fond doivent pouvoir prendre des décisions qui conduisent à des jurisprudences audacieuses ;
- elle questionne la méthodologie des logiciels de justice prédictive ; le risque n'est pas à écarter que ces logiciels soient construits de telle sorte que l'on fasse dire ce que l'on veut aux décisions intervenues ; un contrôle devra être établi et la formation des magistrats adaptée en conséquence ;
- elle pourrait conduire à la mise en cause de l'impartialité des magistrats ; il faudra apporter des garanties en conséquence, notamment statutaires. Il convient également d'outiller les magistrats eux-mêmes en les formant à ces nouvelles techniques, ce à quoi pourrait contribuer un module Nouvelles technologies dans le cadre de leur formation.

Sur le plan institutionnel, le syndicat de la magistrature estime que la mission de diffusion doit être confiée à un service national car il s'agit de données publiques de l'institution judiciaire. La direction de l'information légale et administrative (DILA), qui assure la diffusion actuelle, dépend du Premier Ministre, ce qui pourrait poser problème même si sa compétence technique est reconnue, notamment en matière de pseudonymisation. Il considère qu'il est préférable que cette mise en œuvre soit réalisée par l'institution judiciaire elle-même. Cela pourrait être soit le secrétariat général du ministère de la justice, soit la Cour de cassation. Le syndicat de la magistrature est favorable à ce que la Cour de cassation assure cette mission compte tenu de son indépendance, de l'expertise qu'elle a développée sur ces questions et de sa capacité à expliciter les mouvements jurisprudentiels, notamment par les manifestations scientifiques dont elle prend l'initiative et les publications dont elle assure la diffusion. La transmission devrait pouvoir être réalisée directement entre les juridictions et le SDER de la Cour de cassation en garantissant que la fonction de collecte des décisions n'ait pas pour effet d'imposer, en amont, des trames rigides de rédaction des décisions. Le ministère de la justice devra en outre traiter la question, sur le plan des moyens, d'un éventuel surcroît de travail que cette transmission pourrait représenter pour les juridictions.

Concernant les modalités d'anonymisation, le syndicat de la magistrature considère qu'elles doivent être pensées à l'aune des nouvelles exigences issues de l'article 21 de la loi pour une République numérique. Les précautions minimales actuellement existantes, qui consistent en la suppression des noms et des adresses, doivent bien évidemment être conservées. Des précautions supplémentaires devront être prises afin d'éviter la réidentification, dont l'étendue sera adaptée en fonction des

contentieux. Pour les contentieux classiques de droit civil, la suppression des noms, des adresses et, le cas échéant, de la ville concernée, pourrait être suffisante. Il faudra en revanche analyser plus spécifiquement les éléments à retirer des décisions pour les contentieux sensibles que sont notamment les affaires familiales, les prud'hommes, le pénal, le logement, le surendettement et les hospitalisations sous contrainte. Il n'y a en revanche pas lieu, pour le syndicat de la magistrature, de procéder au retrait des noms des personnes morales – sauf peut-être pour les sociétés unipersonnelles, pour lesquelles la question peut être posée dans la mesure où elles sont rattachées à une personne physique – car un travail d'identification des pratiques des sociétés, notamment des grands groupes, peut être intéressant.

S'agissant enfin de l'anonymisation des noms des professionnels de justice, le syndicat de la magistrature y est défavorable. Les magistrats ne doivent pas se cacher. L'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit que la société a le droit de demander compte à tout agent de son administration. Au demeurant, jusqu'en 2012, l'article 485 du code de procédure civile, en son alinéa 2, disposait que le juge des référés, si le cas requérait célérité, pouvait tenir son audience à son domicile même, « portes ouvertes ». Les risques de pressions susceptibles d'être exercées sur les magistrats ou de profilage des magistrats au regard de leur manière habituelle de juger ne sont pas nouveaux. Il existe déjà des attaques à l'encontre des juges, *open data* ou non. Il indique que la solution relève moins d'une occultation de leurs identités que d'un renforcement de l'indépendance des magistrats – aussi bien dans leur mode de nomination, dans les modes d'attribution des dossiers au sein des juridictions, dans le respect du droit au juge naturel, et dans le jugement collégial des affaires.

QUESTIONS – RÉPONSES

Un membre de la mission indique qu'en l'état actuel, la DILA ne prend aucune décision dans le cadre de la diffusion des décisions mais se contente de pseudonymiser celles qui lui sont envoyées par la Cour de cassation puis de les mettre en ligne via son site Légifrance. Il précise qu'elle n'exercera plus cette fonction de pseudonymisation à partir d'octobre prochain, car la Cour de cassation l'aura internalisée et sera en capacité de la prendre en charge.

L'article 21 de la loi pour une République numérique dispose que les décisions sont mises à la disposition du public « sans préjudice des dispositions particulières régissant l'accès aux décisions de justice et leur publicité ». Le corpus de ces règles est aujourd'hui très complexe. Ne faut-il donc pas également repenser les règles qui gouvernent la publicité des débats et du prononcé de la décision ?

Il serait regrettable que certains contentieux soient extraits de la richesse de l'*open data*. Pour le syndicat de la magistrature, toutes les décisions doivent avoir pour vocation d'être rendues publiques. Mais il faut que l'information communiquée aux citoyens soit utile et pertinente, ce qui peut conduire sinon à une sélection, du moins à une mise en ordre des données offertes, ce qui pourrait être assuré par une technique de référencement dont il conviendrait de définir les modalités dans lesquelles la juridiction rendant la décision pourrait avoir un rôle à jouer. Par ailleurs, les textes d'application ne devront pas être exclusifs de la possibilité, pour les chercheurs, d'accéder à des décisions de manière facilitée, sous réserve d'un encadrement.

Que pensez-vous de la revendication des éditeurs de disposer d'un flux « intègre » de décisions ?

Cette revendication pose question. D'une part, les éditeurs juridiques ne seront plus les seuls sur le marché de la diffusion des décisions, mais ils seront rejoints pas les *start-up* de la « LegalTech ». D'autre part, quelles seraient l'étendue de cet accès et les garanties mises en place ? N'existe-t-il pas un risque que ces données non anonymisées soient exploitées dans des conditions portant atteinte à la vie privée des personnes concernées ?

*Ne faut-il pas exclure certains contentieux particulièrement sensibles du champ de l'*open data* ?*

Non, le syndicat de la magistrature pense qu'il faut renforcer les conditions d'anonymisation des décisions dans ces contentieux, par exemple en matière d'état des personnes, de contentieux familial, prud'homal, locatif, pénal, et non les exclure du champ de l'*open data*.

*Les décisions de la « troisième voie » (alternatives aux poursuites) doivent-elles être comprises dans le périmètre de l'*open data* ?*

Non, d'autant qu'il ne s'agit pas de décisions de justice rendues publiquement.

Qui devrait, selon vous, assurer le travail de référencement des décisions ?

Le syndicat de la magistrature n'a pas de réponse ferme sur cette question. Il faut toutefois que la jurisprudence puisse être discutée au niveau local, au sein de la juridiction, afin que l'analyse des décisions et la détermination de celles qui sont importantes puissent être faites. Il faut néanmoins prendre en compte le fait que la charge de travail des juridictions est déjà critique et laisse peu de temps aux magistrats.

L'un des membres indique qu'une instance pourrait accueillir ces échanges.

Vous avez fait référence à l'article 15 de la DDHC. Toutefois, cet article doit se comprendre à la lecture de l'article 14 qui le précède et qui vise la contribution publique. Il semble donc davantage faire référence à l'impôt et à la dépense publique.

L'un des membres souligne que c'est effectivement l'article 15 qui fonde le contrôle des finances publiques et qui est d'ailleurs inscrit au fronton de la Grand'Chambre de la Cour de comptes mais qu'il est communément admis que sa portée englobe l'obligation pour tout décideur public de rendre compte de son « administration », en d'autres termes de ses missions.

Vous avez évoqué l'anonymisation comme un service national. Pouvez-vous donner plus de précisions sur ce point ?

Il faut engager une réflexion sur cette question. Le syndicat de la magistrature n'a pas de position tranchée, mais il estime qu'au moins une partie du travail d'anonymisation, notamment en ce qui concerne la réidentification, devrait être effectuée par un service national compte tenu de la technicité de cette mission et de la nécessité de l'assurer de manière uniforme.

Audition de la commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)

M. Yannick MENECEUR, Magistrat, Administrateur de la CEPEJ

M. François PAYCHERE, Magistrat à la Cour des comptes de Genève et Président de groupe à la CEPEJ

La position exprimée par les représentants de la CEPEJ n'illustre en l'état que les réflexions en cours au sein du groupe de travail de la commission. Elle ne traduit pas à ce stade une position officielle du Conseil de l'Europe ou de la CEPEJ.

Exposé liminaire

La CEPEJ a pour objet l'amélioration de l'efficacité et du fonctionnement de la justice dans les États membres du Conseil de l'Europe, et le développement de la mise en œuvre des instruments élaborés par ce Conseil. Elle est également chargée d'activités de coopération.

La CEPEJ n'a pas encore produit de documents spécifiques portant sur le sujet précis de l'*open data* des décisions de justice. Toutefois, son groupe de travail « *Évaluation* » a ajouté, dans le cadre de son prochain cycle d'évaluation, une question plus précise sur l'ouverture des bases de données en *open data*, dont les résultats seront rendus publics en octobre 2018. Le sujet a en outre été abordé dans plusieurs autres documents : l'avis n° 14 du Conseil consultatif des juges européens (CCJE), qui encourage à la communication des décisions judiciaires sous réserve d'assurer la protection des données ; l'étude n° 24 d'octobre 2016 du groupe de travail « *Évaluation* », sur les nouvelles technologies, qui examine notamment et de manière générale la question des bases de données de jurisprudence ; les « *lignes directrices sur la conduite du changement vers la Cyberjustice* », publiées en 2016, qui évoquent brièvement les bénéfices et les limites de l'*open data*.

Même s'il s'agit d'un sujet nouveau pour le Conseil de l'Europe, l'*open data* des décisions de justice est de première importance. Il est au centre d'une révolution qui est en train de se produire et qui va changer la manière de concevoir le droit et la formation au droit. Ces changements concernent aujourd'hui l'ensemble des pays européens. Face à l'*open data* des décisions de justice, il n'y a toutefois pas, en Europe, de lignes directrices communes ou de convergence à ce jour.

L'*open data* des décisions de justice est susceptible de contribuer de manière importante à la modernisation de la justice : il favorise l'accessibilité et la transparence de la justice pour les citoyens (89 % des États membres du Conseil de l'Europe disposent de bases de données jurisprudentielles même si celles-ci se limitent essentiellement à des décisions sélectionnées et émanant principalement des juridictions suprêmes) ; il facilite le travail des professionnels de justice, qui ont ainsi accès à de riches informations juridiques ; il pourrait favoriser une rationalisation des flux judiciaires, notamment en améliorant la prévisibilité des décisions de justice et en renforçant ainsi l'efficacité des modes alternatifs de règlement des différends ; il exerce une « pression » positive sur les services publics afin de les conduire à s'emparer des meilleures innovations, y compris celles émanant du secteur privé.

L'*open data* des décisions de justice représente un enjeu pour tous les acteurs du droit :

- les professions juridiques : leur monopole de la connaissance juridique est progressivement en train d'éclater ; de nouvelles professions apparaissent, notamment dans le domaine de la recherche juridique ; ces professions vont connaître des mutations ; il faudra raisonner en termes de réseaux ;
- l'État : il sera de moins en moins une source de droit ; il pourrait s'opérer une re-privatisation des rapports juridiques qui irait bien au-delà de ce qui existe aujourd'hui en matière d'arbitrage ;
- les acteurs privés : ils pourraient jouer un rôle central dans la production et la diffusion du droit ; certains se sont déjà emparés de l'*open data*, comme les compagnies d'assurance, dans leur volonté de toujours mieux maîtriser l'aléa qui est au fondement même de l'assurance ; se pose la question de l'articulation de leur rôle avec celui des professions juridiques – certains nouveaux services proposés pourraient entrer en concurrence directe avec elles – et avec l'État, dont il faudra déterminer s'il ne met à disposition que de la donnée brute et en laisse l'exploitation au secteur privé ou s'il peut lui-même créer de la valeur à partir de ce « trésor » que les décisions représentent ; en Europe, il est globalement constaté que les États augmentent leur offre de données mais qu'ils « courent » derrière le secteur privé, plus agile, pour ce qui est de leur exploitation ;
- les usagers : leur demande pourrait se déplacer du système judiciaire classique vers les solutions proposées par les acteurs du secteur privé.

S'agissant du périmètre des données mises en *open data*, la question n'est pas tranchée, y compris entre les deux intervenants, de savoir si toutes les décisions de justice doivent être accessibles en *open data* ou s'il convient d'opérer une sélection. La masse en elle-même ne fait pas forcément sens ; un travail de hiérarchisation de l'information est concevable en fonction de l'utilité de la donnée au regard des finalités de l'*open data*. En outre, il convient de relever un élément qui fait consensus, à l'exception peut-être des pays anglo-saxons, et de l'Albanie où la transparence est un moyen de lutter contre la corruption : la nécessité de

protéger les données à caractère personnel. La protection doit être particulièrement forte au stade de la diffusion en raison, d'une part, de la possibilité de réidentifier les personnes concernées par les décisions, notamment par des croisements et, d'autre part, du phénomène de « rebond » qui fait qu'une décision diffusée ne peut jamais être rappelée et ne disparaît jamais. La régulation de l'usage des décisions diffusées est particulièrement difficile dans un contexte de massification et d'internationalisation (plateformes pouvant opérer à partir de pays situés hors de l'Union européenne).

La question spécifique de l'anonymisation du nom des magistrats suscite des analyses différentes de la part de François PAYCHERE et de Yannick MENECEUR, même s'ils conviennent ensemble que l'enjeu est à lier à la nature même du recrutement des juges et à leur place dans les États. Pour François PAYCHERE, il semble inconcevable que les noms des magistrats ne soient pas diffusés. En Suisse, où ils sont élus, ils rendent compte aux citoyens de leur politique jurisprudentielle. La transparence sur cette question est donc essentielle. Pour Yannick MENECEUR, la prudence doit s'imposer pour ce qui est de la diffusion au public. Il est permis de s'interroger sur la valeur ajoutée de l'indication du nom des magistrats au regard des finalités de l'*open data*. Dans un pays comme la France, la justice n'est pas un pouvoir judiciaire, pour lequel une personnification de la décision semble aller de soi, mais une autorité judiciaire, pour laquelle cette personnification est moins évidente. En outre, une partie des croisements des données possibles en fonction des noms des magistrats pourrait être orientée vers des finalités – comme la détermination de profils politiques, religieux, sexuels, etc. des juges – bien différentes de celles assignées initialement à la diffusion des décisions, c'est-à-dire une meilleure connaissance de la jurisprudence et du droit. Yannick MENECEUR considère que la puissance des algorithmes est « effrayante » en ce qui concerne l'accès à la vie privée des juges. Or, il n'y aura aucun moyen technologique de limiter ces usages. Un principe de précaution consisterait donc à prohiber leur diffusion publique, mais à ouvrir la possibilité de traitements internes à l'institution judiciaire, par exemple sous l'autorité des juridictions suprêmes.

Yannick MENECEUR appelle enfin l'attention de la mission sur les enjeux de la justice prédictive :

- le terme même de prédictif n'est pas forcément le plus pertinent : il renvoie à l'annonce par avance d'événements futurs (par inspiration surnaturelle, par voyance ou par prémonition), et a été adapté de l'anglais où il est moins connoté qu'en français. L'emploi de la notion de prévisibilité ou de probabilité semble davantage adapté.
- il convient de tempérer les promesses de cette justice prédictive : le mécanisme de prévision est basé sur l'expérience passée et non sur un raisonnement juridique (« on conduit en regardant dans le rétroviseur »). Elle se fonde sur les décisions déjà rendues. Or, le contexte normatif et sociétal évolue. La modélisation et la reproduction du raisonnement juridique par des machines n'offre que des résultats très limités. Une expérience menée sur 600 décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'Homme a montré une certaine agilité des machines à reproduire le raisonnement sur les faits, mais davantage de difficulté à reprendre le raisonnement sur le droit. Cela explique aussi que les résultats obtenus soient meilleurs dans les pays de Common law, marqués par une culture du précédent, que dans les pays de droit continental.
- il faut encadrer les pratiques et les outils : un travail sur l'éthique des ingénieurs / développeurs, qui ont une responsabilité extraordinaire, devrait être conduit. Ces personnes pourraient être davantage formées aux humanités, alors qu'ils ne perçoivent parfois les enjeux que de manière limitée et qu'ils construisent leurs pratiques à partir d'une culture « disruptive » souvent imprégnée de défiance à l'égard des institutions. Il faut, du côté de l'institution judiciaire, instituer et garantir un contrôle indépendant des algorithmes employés en matière judiciaire et leur neutralité et leur transparence à l'égard des citoyens afin de s'assurer que les logiciels ne sont pas biaisés.

QUESTIONS-RÉPONSES

En réalité, la question de l'anonymisation du nom des magistrats réinterroge la source de légitimité des juges au sein de chaque pays. Il semble en effet plus difficilement concevable d'avoir des jurisprudences individuelles très différentes dans des pays où les juges ne bénéficient pas de la légitimité démocratique de l'élection ou de modes de nomination attribuant cette légitimité de manière indirecte. Vos positions respectives sont-elles donc si différentes sur la question de l'anonymisation des magistrats ou ne peut-on pas considérer qu'elles trouvent une logique applicable, pour l'une, à un système suisse dont est issu M. PAYCHERE (élection des juges et diffusion de leurs noms) et l'autre à un système français dont est issu M. MENECEUR (pas d'élection des juges et anonymisation de leurs noms) ?

Oui en effet. Les exigences de transparence et de responsabilité des magistrats doivent être appréciées en fonction des systèmes considérés.

Pourquoi la CEDH ne commence-t-elle pas par donner l'exemple par l'ouverture de ses données ?

Il est difficile de répondre à cette question dans la mesure où la CEPEJ ne dépend pas de la CEDH.

Audition de M. Thierry KIRAT

Directeur de recherche au CNRS, spécialiste d'économie du droit

Exposé liminaire

La dimension économique de l'ouverture des données de justice a suscité peu de travaux. Elle s'inscrit dans le débat plus large, entre les macro-économistes, sur l'impact économique du développement du numérique : certains estiment qu'il constitue une révolution qui aura une incidence économique majeure, alors que d'autres considèrent qu'il est essentiellement à l'origine de niches économiques dont l'intérêt est réduit. La question de savoir si l'économie numérique est susceptible de stimuler la croissance à long terme reste donc débattue.

D'un point de vue collectif, la mise à disposition du public des données de justice est certainement souhaitable, même s'il n'y a pas nécessairement de réaction automatique et immédiate, sur le plan économique, à la mise à disposition des données, ni, sur le plan juridique, de corrélation entre la mise à disposition des décisions et le développement du contentieux. L'accès aux données est en effet un élément important du développement de l'activité de nombreuses *LegalTech*. Les données sont centrales et constituent la matière première de ces sociétés. La création de valeur provient en effet plus encore des données que des algorithmes qui sont développés en *open source*. Les outils de ces sociétés sont construits de façon similaire à ce qui existe, par exemple, pour les meilleurs programmes d'échecs ou de jeu de go : la machine est alimentée avec des archives de parties, puis elle joue contre elle-même pour progresser.

Le secteur des *LegalTech* est caractérisé par la diversité et l'hétérogénéité des prestations offertes. Une vingtaine d'items peuvent être référencés. La variété des spécialités des entreprises de ce secteur peut être ordonnée en trois sous-ensembles :

- les *outils de gestion de l'information* : production automatisée de documents juridiques, certification de documents, réalisation de formalités et de dépôts en ligne (par exemple, introduction d'une instance), programmation de contrats intelligents, smart contracts (qui sont mis à jour automatiquement en cas de changement législatif ou réglementaire), revue de documents ; pour l'essentiel, ce sont des outils destinés à être mis en œuvre par les professionnels du droit (avocats, huissiers) ; leur développement aura une incidence importante sur l'activité des professionnels du droit, notamment des avocats, en automatisant les tâches les plus « routinières » au détriment du recours à des juristes juniors ;
- les *outils de résolution des conflits en ligne* ;
- les *activités qui entrent dans le champ de la justice prédictive* : calcul de probabilités à partir de décisions de justice, systèmes intelligents et d'IA, visualisation de données issues du *big data*.

Le secteur de la justice prédictive n'est pas prépondérant parmi les *LegalTech*. Une étude du cabinet d'audit *Day One* réalisée en 2017 sur 140 *start-up* dans le domaine du droit et du digital dans le monde montre que seulement 11 % d'entre elles entre dans la catégorie « justice prédictive ». La même étude estime cependant que les perspectives les plus prometteuses se situent dans ce domaine. Ces perspectives sont conditionnées par les développements technologiques à venir (notamment le passage du « *machine learning* », supervisé par l'homme, au « *deep learning* », qui a vocation à ne plus être supervisé par l'homme, au bénéfice d'une logique de réseau propre de neurones) et la multiplication des données à disposition.

Face à ces perspectives de développement, la mise en place d'une régulation semble incontournable. Il faut au préalable se poser la question de savoir si ces *LegalTech* prennent en charge une activité juridique ou non, ce qui aura une incidence sur le type de régulation à bâtir ; sont-elles de simples prestataires d'organisation ou de véritables acteurs du droit ? Il faudra ainsi, pour la régulation, faire la distinction entre les entreprises qui fournissent une information et celles qui participent à la vie du droit. Pour la mise en œuvre de cette régulation, il pourrait être distingué entre :

- les *services juridiques digitaux rendus aux usagers* : il faudra certainement protéger le consommateur, peut-être via le code de la consommation ou des recommandations de l'ARCEP dont les compétences ont été élargies à l'internet par la loi pour une République numérique ; il devrait être envisagé d'imposer aux entreprises d'informer les utilisateurs du fait que les produits sont indicatifs et ne peuvent en aucun cas être considérés comme une anticipation exacte d'une décision de justice ;
- les *services juridiques digitaux rendus aux professionnels du droit* : l'usage des résultats d'algorithmes ne saurait remplacer le travail strictement juridique ; la régulation professionnelle (règles déontologiques et procédures disciplinaires) au sein de la profession est certainement appropriée, du moins sur le principe ; il sera probablement utile que les instances professionnelles concernées s'emparent du sujet du droit digital et actualisent leurs règles internes.

Enfin, pour la recherche juridique, sociologique ou économique, la mise à disposition des décisions de justice est une initiative bienvenue.

Se pose aussi la question de la gratuité de la mise à disposition en *open data*. Sans doute est-là une fatalité tenant au caractère public de la donnée. Mais cette externalité positive de l'État vis-à-vis du marché se heurte à une limite, celle de la facturation des coûts de cette mise à disposition des données qui doivent être « travaillées » pour être rendues juridiquement publiables, d'autant plus que les métadonnées peuvent faire l'objet d'une facturation.

QUESTIONS-RÉPONSES

Nous avons vu que la donnée est l'élément le plus important en matière de justice prédictive. Cette diffusion massive des données ne va-t-elle pas alimenter le machine learning et faire prendre une place plus importante à la justice prédictive que celle qui est la sienne aujourd'hui au sein des LegalTech ?

Il est en effet probable que l'*open data* des décisions de justice améliore la précision des analyses offertes et renforce le secteur de la justice prédictive. Toutefois, ce développement ne se traduira pas nécessairement par une multiplication des entreprises du secteur, car le marché comprend aujourd'hui peu d'acteurs et la constitution de nouveaux acteurs est très limitée par le très important niveau de complexité technologique de la justice prédictive. L'*open data* des décisions de justice stimulera donc davantage les acteurs existants, historiques comme les éditeurs ou récents comme les GAFAs, qu'elle ne favorisera de nouvelles entrées dans ce contexte restrictif.

Dans ces conditions, y a-t-il un risque de concentration des acteurs existants, notamment des start-up, le cas échéant sous l'impulsion d'acteurs étrangers, qui pourraient investir en France ?

Le rapport publié en mars 2017 par France stratégie sur l'intelligence artificielle, « *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle* » met en évidence la dépendance économique de la France vis-à-vis de l'étranger sur ces questions. Une concentration des acteurs sous l'impulsion d'entreprises étrangères ou l'implantation d'entreprises étrangères en France dans ce secteur n'est pas à exclure. Il n'y a toutefois pas, à ce jour, d'élément tangible sur une telle tendance.

Cette concentration pourrait-elle s'opérer à l'initiative ou au bénéfice des éditeurs ?

Il y a, à ce stade, relativement peu d'éléments en ce sens, mais la plupart des éditeurs suivent de très près le développement des LegalTech. Le fait qu'un mouvement de concentration s'opère à leur profit n'est pas à exclure, cela fait partie des possibilités. Il est toutefois difficile d'être affirmatif.

La justice prédictive peut-elle être développée par des cabinets d'avocats, notamment à partir de partenariats, ou la barrière technologique est-elle trop importante ?

La barrière technologique semble trop importante. En revanche, le contexte est très favorable, s'agissant des cabinets d'avocats, au développement d'une approche calculatoire : les outils de justice prédictive pourraient être employés pour réaliser une analyse coût/probabilité de gains. En tant que citoyens, il est possible d'être réservé sur cette approche de pure rationalité économique en matière de justice. Il faudra une régulation appropriée.

La structuration du marché pourrait-elle conduire jusqu'à la constitution de monopoles ?

Il s'agit d'une possibilité importante. Les développements de la recherche pourraient conduire à l'apparition de monopoles lorsqu'une entreprise ouvre un nouveau créneau sur lequel elle bénéficie, au moins pour un temps, d'un monopole de droit ou de fait.

Audition du syndicat national de l'édition (SNE)

Guillaume MONTEGUEDET (éditions Francis LEFEBVRE)

Denis BERTHAULT (éditions LEXISNEXIS)

Laurence BALLETT (éditions DALLOZ)

Clémentine KLEITZ (éditions LEXTENSO)

Exposé liminaire

Le SNE rappelle qu'une contribution commune a été rendue en décembre 2016 qui donne de façon synthétique les idées du syndicat des éditeurs sur la question sur l'*open data* des décisions de justice.

Les éditeurs juridiques ont très bien accueilli l'*open data* institué par les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique. L'élargissement des fonds disponibles constitue une opportunité pour les éditeurs d'élargir leur travail, notamment au titre de la sélection de la jurisprudence et de son commentaire par les auteurs. Le travail des éditeurs consiste en effet à traiter et enrichir la donnée de jurisprudence afin d'apporter une plus-value par rapport à la donnée brute diffusée au public.

Les éditeurs juridiques contestent bien évidemment nullement les exigences d'anonymisation des noms des personnes physiques concernées par les décisions de justice. Ils considèrent en revanche qu'elle ne doit pas s'appliquer aux personnes morales. Sur le plan juridique, elles n'ont pas de « *vie privée* » à proprement parler, et n'entrent donc pas dans le champ de la protection instituée par les articles 20 et 21. La diffusion de ces noms renforce la transparence économique.

Les éditeurs souhaitent toutefois qu'à côté de ce flux de décisions anonymisées, un flux « *intègre* » de décisions non anonymisées soit mis à leur disposition, dans la continuité de ce qui existe actuellement via le fonds de concours de la Cour de cassation, à charge pour eux, s'ils les mettent ensuite à disposition de tiers, de les anonymiser. Les éditeurs considèrent en effet qu'ils sont un partenaire naturel et important de la politique publique de diffusion et d'accessibilité du droit. Or, l'accès à des décisions non anonymisées permet de poursuivre, avec le même niveau d'exigence un travail éditorial de sélection, d'analyse et de commentaire doctrinal (un exemple : le nom des parties peut, notamment, permettre d'identifier des plaideurs quérulents, ce qui pourra expliquer certaines décisions). Les éditeurs souhaitent donc un statut de « tiers de confiance » qui ne leur serait pas réservé dès lors qu'il entre dans un cadre contractuel à définir.

Les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique n'interdisent en rien cette possibilité en particulier si y sont associées des garanties sur la gestion des données personnelles, telles que :

- La sécurité des données, accès et conservation (sécurité des entrepôts, maîtrise des serveurs, accès limités à des personnels dûment habilités, pare-feux...)
- La nomination d'un DPO, signataire du contrat aux côtés du représentant de l'entreprise.
- L'engagement à la non rediffusion des données intègres : nonobstant la possibilité de rediffuser librement le flux anonymisé *open data*, la rediffusion des données du flux intègre serait limitée aux dispositions de la délibération CNIL n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence. Les éditeurs souhaiteraient le cas échéant être associés à l'éventuelle révision de cette délibération.
- Responsabilité de l'éditeur en cas de diffusion d'un flux non anonymisé
- Une contrepartie financière à l'accès à ce flux intègre permettant de contribuer à l'*open data*.
- La possibilité de toute autre exploitation pour les besoins internes des éditeurs en particulier au titre de l'œuvre de doctrine ou pour mener des opérations internes de big data, statistiques.

Ces garanties seraient assorties d'une clause de révocation afin de réaliser un bilan régulier du cadre de protection mis en place et de l'exploitation faite par l'éditeur des données.

La proposition des éditeurs dans le sens du maintien d'un flux intègre est ouverte. Il y a de nouveaux acteurs sur le marché, notamment les *start-up* et certains cabinets d'avocats. Les éditeurs ne sont pas opposés à ce qu'un traitement égalitaire soit respecté et que ces acteurs, s'ils offrent suffisamment de garanties de confidentialité, puissent avoir accès au flux. Il faudra mettre en place une chaîne de traitement extrêmement sécurisée. Les éditeurs sont prêts à endosser la responsabilité pécuniaire en cas de problème lié à l'anonymisation.

QUESTIONS-RÉPONSES

Quels seraient les critères pour être « tiers de confiance » ? Qui serait « tiers de confiance » et qui ne le serait pas ?

Le SNE pourra donner, si nécessaire un cadre de réflexion plus précis. Le critère essentiel est celui de la capacité à faire respecter la confidentialité des données mises à disposition. Un système de licences pourrait être mis en place. Un cahier des charges, permettant de préciser le niveau de garanties attendu, pourrait être réalisé par les juridictions. Une chaîne sécurisée serait ainsi construite. Un traitement de données intègres ne peut être confié à des personnes n'ayant aucune expertise sur le sujet, y compris certains acteurs judiciaires (« *l'anonymisation est une question trop délicate pour être laissée entre les mains des juridictions sans montée en compétence sur la gestion des data* », soutient l'un des membres du SNE).

En d'autres termes, le périmètre de décisions mises à la disposition des éditeurs et celui des décisions mises à la disposition du public serait le même, sauf qu'elles ne seraient pas anonymisées ?

Oui, mais cela fait une différence importante. Une *data* n'est pas unique. Elle diffère en fonction de sa fraîcheur, des métadonnées qui l'accompagnent, du format dans lequel elle se trouve, etc.

En cas de mise en cause pour un problème d'anonymisation, les éditeurs assumeront-ils toute la responsabilité ? N'y a-t-il pas un risque de voir engager la responsabilité de l'État qui aura confié ces données à des tiers de confiance ?

C'est déjà le cas aujourd'hui avec le fonds de concours de la Cour de cassation. Sur les dix dernières années, il n'y a eu que deux ou trois fois des problèmes liés à un défaut d'anonymisation et il a été à chaque fois possible de remonter à la source de l'information et de régler la difficulté.

L'existence de deux flux ne pose-t-elle pas des difficultés juridiques et techniques ? Que faire, notamment, si l'anonymisation mise en place par les éditeurs diffère, pour une même décision, de celle diffusée au public ?

Un double flux anonymisé / intègre ne contrevient ni aux dispositions de la loi pour une République numérique ni aux dispositions actuelles régissant les données à caractère personnel. Au contraire, la rédaction du décret d'application pourrait permettre de mettre fin à l'insécurité juridique et technique qui existe actuellement et de préciser les responsabilités des acteurs. L'important est de clarifier le cadre de l'*open data* des décisions de justice. Il ne peut y avoir de risque de versions en conflit, dès lors que les éditeurs s'engageraient à diffuser les seules *data* anonymisées à la source. Les *data* « intègres » seraient uniquement utilisées en interne.

Un membre de la mission indique que le barreau de Paris, qui représente la moitié des avocats de France, a besoin d'un accès à un flux non anonymisé. Pour réaliser des actes juridiques et pour défendre des parties lors des litiges, il faut pouvoir connaître précisément l'état du droit.

N'y a-t-il pas un risque pour les entreprises si leurs noms ne sont pas anonymisés ?

Les entreprises n'ont pas de vie privée et ne bénéficient pas de la protection des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique. Il faut de la transparence économique. Au Canada, il y a de la transparence sur les condamnations prononcées à l'encontre des entreprises sans que cela ne pose de difficulté.

La multiplication des tiers de confiance ne pose-t-elle pas un problème ? Ne multiplie-t-elle pas les risques ?

L'important est de mettre en place un cadre solide, le cas échéant un cadre contractuel. Les éditeurs sont en outre prêts à établir des bilans annuels pour assurer la sécurité et l'utilisation des données.

Avez-vous expertisé la conformité de votre projet de flux intègre au règlement européen dont l'application est à venir ? Le traitement de données non anonymisées par des « tiers de confiance » sera-t-il possible dans ce nouveau cadre, notamment les données civiles sensibles (article 9 du règlement) et les données pénales (article 10 du règlement) ?

La question se pose en effet. Certaines données particulières pourraient effectivement être exclues, comme les données pénales, ou mises à disposition sous un régime spécifique. Le règlement laisse des possibilités de traitement sous certaines conditions.

Envisagez-vous une mise à disposition payante pour les professionnels ?

Les éditeurs juridiques n'entendent pas mettre à disposition des professionnels les données intègres qui lui seront confiées. Ils ont vocation à les traiter et à vendre ce travail aux entreprises et aux particuliers.

Audition de Mme Isabelle SAYN

Directrice de recherche au CNRS (Centre Max Weber, Université de Lyon)

Spécialiste de l'emploi des barèmes en matière judiciaire

Exposé liminaire

La mise à disposition du public des nombreuses données que l'ensemble des décisions de justice contient ne suffit pas, à elle seule, à livrer des informations sur la justice et son fonctionnement. Il faut traiter ces données et se pose alors la question essentielle de savoir comment ces données sont traitées pour être transformées en informations utilisables par les justiciables, leurs avocats et les magistrats notamment.

Sur l'accès aux sources. L'ouverture annoncée des décisions de justice soulève des questions de protection de la vie privée, traitées par ailleurs, qui supposent leur anonymisation et plus généralement la suppression des données identifiantes avant leur diffusion. Toutefois, parallèlement à une base de décisions ainsi anonymisées, mise à la disposition du public, une base exhaustive de décisions non anonymisées doit pouvoir exister, pour permettre la conduite de travaux de recherche. Cette base étant un préalable nécessaire à la construction de la première, elle n'impose pas me semble-t-il un investissement spécifique.

Le champ qui s'ouvre ainsi à la connaissance est considérable. Les décisions de justice (y compris les décisions des juridictions du fond, particulièrement les décisions de première instance) représentent en effet un corpus très important d'un intérêt essentiel pour les travaux réalisés sur la justice ou dans des domaines concernés par les décisions de justice. Dans cette perspective, l'usage d'éléments identifiants peuvent être nécessaires, par exemple pour construire des « profils » de justiciables dans tel ou tel domaine particulier ou compléter les informations trouvées dans les décisions par des informations de contexte trouvées en dehors de ces décisions.

Une réflexion doit donc être menée afin qu'un accès aux données complètes soit réservé à la recherche, le cas échéant par un vecteur dédié. Un organisme a été créé à cette fin, le *Centre d'accès sécurisé aux données* (CASD). Il conserve les données dans un espace sécurisé et organise l'accès sécurisé à ces données, après une autorisation du comité du secret qui évalue le bien-fondé de la demande et le sérieux de l'équipe scientifique. Les données déposées peuvent ainsi faire l'objet d'analyses mais seuls les résultats, par hypothèse anonymes, peuvent être extraits de cet espace sécurisé.

En l'absence de dépôt dans un tel organisme – ou en l'attendant –, il y a lieu de « baliser » le parcours parfois long et complexe que doivent suivre les scientifiques pour accéder à des corpus de décisions de justice. La question est globalement réglée pour les décisions des cours d'appel, via JURICA et celles de la Cour de cassation. Elle ne l'est pas pour les décisions judiciaires de première instance. L'expérience en cours de négociation d'une convention de mise à disposition de décisions de première instance en témoigne. Ce parcours mérite d'être précisé et normalisé, pour alléger le travail de chacun dans la rédaction de la convention. C'est d'autant plus nécessaire que la mise en place d'une banque de données réunissant l'ensemble des décisions de justice rendues devrait augmenter l'appétence pour ce type de recherche empirique. En outre, la conjonction de l'*open data* des décisions de justice et du développement des technologies d'analyse de la langue, de fouille de données et d'extraction de connaissances va permettre de renouveler les pratiques de recherche. Les analyses menées jusqu'à présent, encore « artisanales » (constituer un corpus représentatif, élaborer une grille de lecture des décisions, saisir manuellement les variables retenues à partir d'une lecture une à une des décisions, construire une base de données, analyser les données) prennent beaucoup de temps et d'énergie. L'outil numérique doit faciliter l'analyse de grandes masses de décisions et permettre d'explorer beaucoup plus de domaines. Parallèlement à ces possibilités enthousiasmantes de produire des connaissances nouvelles, l'*open data* des décisions de justice et les usages qui en sont faits auront des conséquences sur le processus décisionnel.

Une norme de référence horizontale ? L'*open data* des décisions de justice et les débats qu'il suscite invite à (re)découvrir le « contentieux », c'est-à-dire la production massive des juridictions, par opposition à la « jurisprudence », c'est-à-dire la production normative des juridictions supérieures à l'occasion du contrôle vertical qu'elles réalisent. Ce mouvement peut aboutir à une approche horizontale de la production juridictionnelle (parfois qualifiée de « jurisprudence concrète ») en rendant possible la confrontation d'espèces en cours d'instance ou en amont de l'instance, avec des espèces déjà jugées, au même niveau (« justice prédictive »).

La mise en évidence dorénavant accessible de la variabilité des décisions (d'un juge à l'autre, d'une juridiction à l'autre – Par exemple, la cour de Paris serait « plus généreuse » sur les dommages et intérêt en matière de préjudice corporel) impose la préoccupation nouvelle de répondre à cette variabilité. Les injonctions de prévisibilité et de répétabilité des décisions ne peuvent donc que s'affirmer avec le mouvement de l'*open data* et le développement corrélatif des fouilles de données textuelles permettant de comparer les décisions.

Cette évolution de fond engage des débats autour de la fonction de juger comme autour de la qualité de la justice. En effet, dès lors que les décisions rendues sur un contentieux donné sont comparées (et quelle que soit la qualité de la comparaison), en particulier les décisions fixant un quantum (pensions alimentaires, prestation compensatoire, indemnités, peines...), les décisions de justice ne peuvent plus être conçues comme répondant à autant d'affaires singulières prises isolément : parallèlement à la singularité des situations individuelles, humainement irréductibles, il existe des récurrences factuelles qui permettent d'envisager un traitement de masse. La qualité d'une décision peut dorénavant être appréciée – à tort ou à raison – par comparaison avec des décisions rendues dans des espèces jugées similaires, et la qualité de la justice peut être appréciée à l'aune de sa capacité à produire des décisions comparables dans des situations comparables – ou à sa capacité à justifier les différences identifiées.

Il faut donc avoir une réflexion sur la nature des outils de justice prédictive. À l'instar des barèmes, ils contribuent à construire une « norme » de référence, même si elle ne s'impose en aucun cas au juge. Elle devient un système de référence horizontale et le juge qui s'en écarte pourrait être amené à justifier cet écart par rapport à la pratique commune des autres juridictions du fond.

Maîtriser la construction de cette norme nouvelle. L'extraction, au sein des décisions de justice, des déterminants de la décision est une opération complexe si l'on veut bien aller au-delà de la simple motivation expresse fournie par le juge. La motivation de la décision est en effet fondée, par hypothèse, sur les règles de droit jugées applicables à l'espèce alors qu'il existe, en réalité, d'autres éléments qui déterminent la décision et qui ne sont pas formalisés dans la motivation. Certains de ces éléments sont « captables » dans la décision (le bénéfice de l'aide juridictionnelle, l'âge des parties, le sexe du juge, la représentation par un avocat...), d'autres ne le sont pas (les effets de séries notamment). Certains sont connus du juge sans avoir été repris dans la décision ou ignorés du juge lui-même.

La question est alors de savoir si un outil d'aide à la décision issu d'une analyse automatisée des décisions de justice doit/peut rendre compte de la finesse de la décision du juge, alors même que certains des déterminants des décisions n'apparaissent pas dans les décisions analysées, ou si l'on admet une réduction des critères de décision de références et dans quelle mesure. Remarquons d'ailleurs qu'évacuer certains des déterminants constituerait un progrès, dès lors qu'ils ne sont pas légitimes. C'est par exemple la présence d'un avocat lorsqu'elle conduit à fixer une pension alimentaire pour enfant plus généreuse ou le sexe du juge, les magistrats fixant des prestations compensatoires plus modestes que les magistrats.

Il existe sur ce point une forme de filiation entre les outils d'aide à la décision de type « barèmes » et les outils issus du traitement automatisé et relevant de la justice dite prédictive. Il s'agit dans les deux cas de poser comme hypothèse la variabilité des décisions et de tendre à la réduire en formalisant le raisonnement du juge à partir de variables choisies par l'auteur de l'outil. Dans tous les cas, il est essentiel que les choix qui président à la construction de l'outil soient explicites, y compris en cas d'analyse automatique. L'utilisation d'un algorithme et l'élaboration des outils d'analyse qui l'accompagnent nécessairement ne permettent pas de faire l'économie d'une réflexion sur la façon dont la mesure a été construite. Si l'analyse automatisée des décisions de justice doit aboutir à proposer des outils d'aide à la décision, alors il est nécessaire de connaître les limites de ces outils et de connaître « le cœur de la machine », c'est-à-dire non seulement les algorithmes utilisés mais aussi les outils qui les accompagnent, ce qui conduit à demander aux créateurs de ces outils à en fournir les clefs de compréhension. Pour apprécier la qualité de l'analyse proposée, il faut savoir précisément comment il fonctionne. Parmi les limites propres à la justice prédictive, capable de fournir des barèmes dit constatés, rappelons que ces outils se basent sur des décisions passées pour apporter une probabilité de décision future. Si des changements dans la législation ou la jurisprudence interviennent, le *corpus* de décisions de référence ne sera plus pertinent. Si ces décisions sont affectées de biais liés à la prise en compte de critères non légitimes, ils seront reproduits.

Maîtriser la force obligatoire de cette norme nouvelle. La formalisation du raisonnement induite par les outils d'aide à la décision est compensée par la possibilité toujours laissée au juge de s'extraire des solutions proposées, ce qui semble constituer une alternative raisonnable pour favoriser la répétabilité des décisions tout en assurant la possibilité de répondre de façon spécifique à des cas d'espèce effectivement singuliers. Mais il ne faut cependant pas sous-estimer l'effet performatif de ces outils, a fortiori dans un contexte de surcharge de travail des juridictions. Le développement très probable de ces outils doit donc s'accompagner d'un effort de recherche sur ce point.

Considérant qu'il est essentiel que les conditions de production de ces outils soient connues et débattues, que leurs utilisateurs maîtrisent les clefs de compréhension de ces outils et, s'ils doivent être utilisés, qu'ils soient convenablement diffusés et facilement accessibles, il semble important qu'une autorité désignée à cet effet assure expressément ce rôle transversal.

QUESTIONS-RÉPONSES

Aux États-Unis, il y a des entreprises spécialisées dans la justice prédictive. Or, il a pu être constaté que ces outils construits sur la base d'un système auto-référentiel finissaient par « tourner en rond », en reproduisant des biais (« machine bias »), notamment des discriminations.

Absolument. Les décisions proposées par les algorithmes se fondent sur les décisions déjà rendues, dont certaines peuvent déjà avoir été rendues sur proposition d'algorithmes. Il s'agit d'une bonne illustration des limites de ces outils qui montre l'absolue nécessité de connaître leur construction et de comprendre précisément leur fonctionnement. Il ne faut donc pas qu'il y ait de secret sur ce point.

Il est indiqué par un membre de la mission que l'algorithme n'est pas protégeable, seul le code l'est.

Audition de la mission Etalab

Mme Laure LUCCHESI, directrice

M. Perica SUCEVIC, conseiller juridique

M. Alexis EIDELMAN, data scientist

Exposé liminaire

La mission ETALAB fait partie de la direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC), au sein du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), qui est un service du Premier ministre. Elle coordonne la politique d'ouverture et de partage des données publiques et anime, à cette fin, le site data.gouv.fr. Elle met en œuvre également les missions de l'Administrateur général des données (AGD) et, dans ce cadre, soutient les initiatives de datasciences dans l'administration.

C'est à ce titre qu'elle a été amenée à travailler, en ce qui concerne la justice, avec différents acteurs de l'institution judiciaire, notamment sur les questions de pseudonymisation et d'anonymisation de décisions.

En l'état actuel, les décisions mises en ligne sur Légifrance.fr sont des décisions pseudonymisées, c'est-à-dire qu'ont été occultés les éléments d'identification des personnes physiques (nom, prénom, adresse), ce qui résulte de la recommandation de 2001 de la CNIL, à laquelle Etalab souscrit toujours pleinement, en particulier, s'agissant du maintien du nom des professionnels concourant aux décisions à un titre ou un autre.

La question de la réidentification est traitée par une responsabilisation du réutilisateur, formalisée, en particulier, à travers un caveat de 2015 – commun à la CNIL, la CADA, ETALAB et la DILA – qui précise que la réutilisation ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de réidentifier les personnes dont les éléments d'identification avaient été occultés.

Il faut garder à l'esprit que la réidentification est toujours possible, ne serait-ce qu'avec la référence de l'affaire, qui permet d'obtenir ensuite une copie du jugement par le greffe. L'important est de prévenir une réidentification de masse

Si des travaux, dont ceux de la CNIL, existent déjà sur la question de l'anonymisation qui peuvent être utilement repris, la mission ETALAB a également développé une expertise sur ces questions qui intéressent différents ministères : elle dispose d'un « proof of concept » en matière de pseudonymisation / anonymisation développé avec la Cour de cassation et la DILA, visant notamment à en amorcer et factueliser la discussion sur les critères d'acceptabilité, les conditions de faisabilité et l'échelle de coûts. Il n'est pas nécessairement utile de refaire un travail qui a déjà été fait.

S'agissant de l'analyse de risque qui, dans notre esprit, doit au moins en partie correspondre à des tests automatisés, il nous semble qu'elle doit s'inspirer de l'expérience de l'analyse de risque en matière de sécurité, qui assure une traçabilité des risques et des arbitrages faits, par exemple, pour prendre en compte l'intérêt dirimant du maintien de l'intelligibilité de la décision.

Enfin, pour le flux de décisions futur, dans le cadre du développement de nouveaux applicatifs de rédaction (en lien avec les déploiements informatiques), la question doit se poser de l'intégration ab initio de l'anonymisation (ajout de balises par le juge).

QUESTIONS-RÉPONSES

Votre expérience en matière de diffusion de données vous a-t-elle conduit à constater d'autres problèmes générés par la diffusion que ceux qui sont liés à la protection de la vie privée des personnes, notamment dans des domaines comme la sécurité ou la défense nationale ?

Il y a eu un seul cas recensé, il y a quelques années, au tout début des politiques d'*open data*, autour de données relatives au patrimoine immobilier de l'armée. Les informations ont pu être retirées rapidement sans que cela n'ait de conséquence. La mission ETALAB se situe dans une logique de prudence et de bonne information du réutilisateur sur le contenu des données disponibles.

Quel rôle pourrait jouer la mission Etalab dans l'open data des décisions de justice ? Le site data.gouv.fr pourrait-il être employé comme vecteur de diffusion des décisions ?

Nous souhaitons poursuivre, en lien avec les parties prenantes concernées, les échanges relatifs aux solutions techniques disponibles.

Le site data.gouv.fr peut être employé, mais il aurait alors vocation à être utilisé comme un point d'entrée et de référencement, tout en laissant l'hébergement au producteur ou au diffuseur des données. La mission ETALAB pourrait assurer un accompagnement de l'emploi des licences utilisées pour les données – dont le choix est encadré depuis la loi pour une République numérique et un décret n° 2017-638 du 27 avril 2017, ou à défaut homologuées par le DINSIC. Elle pourrait également être associée aux travaux sur l'analyse de risques de réidentification et les différents textes réglementaires envisagés.

Audition de M. Pierre-Louis BRAS

Président du Conseil d'orientation des retraites

et auteur du rapport « Gouvernance et utilisation des données de santé » (septembre 2013)

Exposé liminaire

M. Bras indique que la comparaison entre l'*open data* des données de justice et l'*open data* des données de santé est intéressante, car les questions qui se posent dans le domaine de la santé et de la justice sont très proches. Il précise qu'il est intervenu dans la réflexion sur l'ouverture des données de santé au cours de l'année 2013 à la demande de la ministre de la santé dans le cadre des travaux préparatoires à la loi n° 2016-41 de modernisation de notre système de santé, présentée en Conseil des ministres le 15 octobre 2014 et promulguée le 26 janvier 2016.

En matière de données de santé, deux bases se sont progressivement développées. La première, relative à la médecine de ville, concerne les remboursements des soins et a été construite avec l'idée de disposer d'un système qui permette un retour d'information vers les médecins, notamment dans une perspective de maîtrise des dépenses. La seconde, relative à l'hôpital, a été mise en place à partir des années 1990 et concerne les actes de soins des hôpitaux. Elle permet, depuis 2004, de moduler le budget des hôpitaux à partir de leur activité. Ces deux bases ont pu être reliées.

Un chaînage a en outre été rendu possible avec le registre des décès, ce qui conduit à la constitution d'un ensemble de données médico-administratives d'une grande richesse, qui concerne 67 millions de patients, tous systèmes de sécurité sociale confondus. Elles ne comportent en revanche aucune information relative au comportement des patients ou aux analyses biologiques les concernant. Ces données sont d'une grande utilité et peuvent être exploitées à des fins diverses : en matière de pharmacovigilance (elles se sont ainsi révélées essentielles dans de grandes affaires sanitaires, comme celle du *Médiateur*, en permettant d'établir des liens, notamment, entre les consommations de médicaments et les affections ; plus généralement, elles permettent d'évaluer l'efficacité des stratégies thérapeutiques) ; en matière d'offre de soins (elles permettent, par exemple, d'identifier les déserts médicaux) ; en matière économique (par exemple pour évaluer le coût de certains soins, ou encore conduire des études sans passer par le secteur privé, ce qui a un coût), etc.

Le principal enjeu de l'ouverture et l'exploitation de ces données a été la protection de la vie privée des patients concernés. Même en occultant les données d'identification des personnes – le numéro d'identification de sécurité sociale a ainsi été doublement crypté – se posait la question du risque de réidentification. Si ce risque ne doit pas être exagéré, son existence est en revanche indéniable et ne permet pas d'envisager un accès libre à l'ensemble des données du système informatique. Il ne fait aucun doute, en particulier, que les données individuelles exhaustives du système informatique, associant soins hospitaliers et ambulatoires, permettent d'identifier une grande proportion des personnes présentes dans la base, à partir, notamment, de l'âge, de l'adresse, de la nature et de la date de certains soins ou encore de la date du décès. Un tiers disposant de ces informations peut déterminer, sur la base des soins qui ont été donnés, les maladies des personnes concernées. Il fallait donc un dispositif qui concilie l'ouverture des données et la protection de la vie privée.

Sur la question de la réidentification, un climat tendu a entouré la remise du rapport. Certains ont en effet soutenu que le risque de réidentification était mis en avant par les pouvoirs publics pour garder le bénéfice des données. Une association « *Libérez les données de santé* » a ainsi été créée par des entrepreneurs qui voulaient constituer des sites ou des applications exploitant les données et par des chercheurs pour lesquels les données de santé constituent une mine d'informations.

Avant la loi de modernisation de notre système de santé, le système d'accès aux bases de données était assez complexe. Un organisme, l'*Institut des données de santé*, composé de membres divers, y compris de mutuelles et d'assurances, délivrait des autorisations d'accès à ces données. Les membres de cet organisme avaient eux-mêmes un accès plus aisé aux données. Un accès était en outre prévu pour les chercheurs sur simple avis de la CNIL pour les données hospitalières, mais une politique assez généreuse de la CNIL avait conduit à un risque de dispersion de données réidentifiantes. L'accès à toutes les données était réservé à certaines institutions, administrations et agences sanitaires. Le système était, dans sa globalité, trop complexe et peu efficace.

Le système actuel résulte de l'article 193 de la loi précitée du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé. Les dispositions sont insérées au sein du code de la santé publique. Le système distingue en fonction du caractère réidentifiant ou non des données. Si les données ne sont pas réidentifiantes, la loi prévoit qu'elles soient mises en *open data*. Si les données sont réidentifiantes, il faut pouvoir justifier d'un intérêt public pour y accéder.

Il y a alors une distinction entre

- *l'accès permanent aux données* : le pouvoir réglementaire, après avis de la CNIL, détermine une liste d'institutions qui bénéficient d'un accès permanent à une partie ou à l'intégralité du système (par exemple, l'agence nationale du médicament) ; des garanties ont en outre été instituées, notamment la mémoire des requêtes et l'établissement d'une préservation des données auxquelles les agents ont accédé ; l'accès est réalisé sous le contrôle de la CNIL ;
- *l'accès temporaire aux données* : cet accès est délivré par la CNIL après avis scientifique d'un comité d'experts qui apprécie notamment la pertinence des données auxquelles l'accès est demandé par rapport à l'objet de l'étude ; la CNIL peut, en outre, prendre l'avis de l'*Institut national des données de santé*, organisme composé de représentants de la société civile (CNAM, médecins, laboratoires, chercheurs, etc.).

La CNAM est le gestionnaire des données. Elle a notamment pour objectif d'« urbaniser » les données, c'est-à-dire de les traiter afin de les rendre lisibles par les chercheurs, s'agissant de données initialement constituées à des fins de gestion. La loi a également facilité, pour les chercheurs, le rapprochement des données issues des bases de la CNAM avec celles issues de jeux qu'ils ont constitué en propre. Une simple autorisation de la CNIL suffit désormais pour rapprocher ces cohortes alors qu'un décret en Conseil d'État était auparavant nécessaire.

La loi a cependant durci l'accès aux données pour certaines finalités. Elle a interdit l'accès temporaire aux données lorsqu'il est sollicité dans un but lucratif. Ceux qui sollicitent l'accès à ces données doivent faire la preuve qu'ils n'auront aucune autre finalité, notamment économique, que celle pour laquelle ils présentent leur demande. Cette preuve négative est très difficile à démontrer. À défaut, ils doivent passer par un organisme présentant suffisamment de garanties.

QUESTIONS-RÉPONSES

Le système d'ouverture des données de santé que vous avez présenté est caractérisé par une architecture de gouvernance très plurielle, marquée par une répartition des rôles entre divers acteurs et une représentation assez large des professions de la santé au sein de commissions. Est-ce que les travaux ont également envisagé une gouvernance plus unilatérale, confiant, par exemple, l'essentiel des prérogatives au gestionnaire des bases ou au ministère de la santé, ou bien ce système aussi pluriel s'est-il imposé comme une évidence dès le début des travaux ?

La loi vise à faire des données de santé un bien public. Avant, la CNAM partageait l'essentiel des pouvoirs, notamment avec les médecins. Dans le nouveau cadre, la CNAM demeure le gestionnaire de la base, mais l'État a un rôle affirmé de détermination des orientations stratégiques. Les procédures d'accès sont désormais claires, avec un décideur bien identifié, qui est la CNIL – indépendante des acteurs pouvant avoir des intérêts particuliers en lien avec les données – qui prend sa décision sur la base de l'avis du comité d'experts et, si besoin, de l'INDS.

Ce que vous avez évoqué, jusqu'à maintenant, est la question de l'ouverture ou non des bases de données. Y a-t-il eu des résistances et des accès restreints ont-ils été envisagés ?

L'une des questions importantes qui s'est posée dans le cadre des travaux sur l'ouverture des données de santé a été celle de l'identification des pratiques professionnelles des médecins, à partir des données des patients.

Les données permettent en effet d'avoir des informations sur les médecins. Plusieurs textes étaient déjà intervenus pour autoriser la CNAM à rendre publiques certaines données concernant les médecins. Un texte du début des années 1990 avait notamment prévu que la CNAM puisse rendre publiques, à partir de sa base de données, toutes les données favorisant l'orientation des patients dans le système de soins. Progressivement, et sur la base de ce texte, la CNAM avait mis dans le domaine public certaines informations comme les tarifs pratiqués par les médecins. Mais la CNAM n'était jamais allée beaucoup plus loin.

Dans le cadre des travaux sur l'ouverture des données de santé, la question s'est posée de l'ouverture des données des médecins. Certaines personnes voulaient notamment ces données afin de pouvoir mettre en ligne des éléments d'information et de comparaison des pratiques des médecins, qui auraient pu aboutir à un profilage des praticiens. Cette question a été réglée par la loi : tout ce que la CNAM rend public sur les médecins, notamment leurs tarifs, les acteurs privés peuvent se l'approprier.

Pour les autres données dont l'ouverture était sollicitée – qui révélaient notamment la façon de travailler des médecins – il y a eu une forte opposition des médecins à toute diffusion de ces données. Or, il y a un consensus entre les médecins et les pouvoirs publics sur ces questions. Il n'y a donc pas d'ouverture de données supplémentaires. La plupart des données concernant les médecins ne sont donc pas diffusées.

La CNAM, qui est gestionnaire des bases, n'est-elle pas juge et partie ?

Cette question a effectivement été abordée dans le cadre des travaux.

Dans le cadre du rapport, deux scénarii ont été envisagés. Le premier aurait consisté à transférer la base gérée par la CNAM au service des statistiques du ministère, la DRESS, pour marquer le fait que la politique d'ouverture des données de santé relève de l'État. Néanmoins, cette possibilité présentait de nombreux inconvénients techniques, notamment de coût du projet et de risque de sécurité pour les données dans le cadre du transfert. La seconde hypothèse, qui consistait à laisser la CNAM gérer les données dans le cadre d'orientations stratégiques déterminées par l'État, a donc été retenue.

Dans le cadre de l'open data, n'y a-t-il que la donnée qui est mise à disposition ou certains documents, certaines éditions, sont également diffusés ?

Il n'y a pas de document diffusé, c'est la différence avec les décisions de justice. Seuls sont mis en *open data* des éléments extraits, notamment à partir de codes qui remontent dans les bases. Pour une illustration de ce mécanisme, concernant la médecine de ville, on peut prendre l'exemple d'un médecin qui fait une prescription de biologie avec un dosage. Au laboratoire, en raison du dosage, il y a un code qui est envoyé à la sécurité sociale pour que le patient puisse ensuite être remboursé. La sécurité sociale aura donc, dans ses bases, l'information que M. X. a bénéficié tel jour de tel dosage. La donnée nominative arrive à la CNAM pour le remboursement. Lorsqu'il s'agit d'ouvrir ces données, les informations nominatives seront retirées et le numéro sécurité sociale est crypté deux fois.

Cependant, la loi prévoit désormais que le trajet inverse – c'est-à-dire la réidentification du patient – puisse être réalisé par les autorités de santé, notamment si un intérêt sanitaire pouvait rendre nécessaire de revenir vers le patient, par exemple pour l'informer.

Avez-vous un pourcentage du taux de rejet par la CNIL des accès aux données qui sont sollicités ?

Je ne connais pas ce chiffre et je pense que la loi est trop récente pour avoir du recul sur ce point.

Audition de France Stratégie

M. Lionel JANIN, Adjoint à la directrice du développement durable et du numérique

M. Guillaume THIBAUT, Chargé d'études sur les questions d'intelligence artificielle

Exposé liminaire

En mars 2017, France Stratégie, en partenariat avec le Conseil national du numérique, a co-piloté le rapport intitulé « *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle* », qui s'inscrit dans le prolongement des réflexions de France Stratégie et de divers organismes gouvernementaux sur ces questions.

L'intelligence artificielle (IA) fait beaucoup rêver. Il faut pourtant la démystifier. La façon dont elle est parfois présentée – comme celle d'un robot qui dépasserait demain l'homme et le contrôlerait – relève de la science-fiction. L'analyse que fait France Stratégie de l'IA doit conduire à lever ces inquiétudes.

Il faut d'abord définir en quoi consiste l'IA pour réellement comprendre ce dont il est question. L'intelligence artificielle désigne l'apprentissage de tâches par des machines, des logiciels, des robots réalisés notamment à partir de réseaux de neurones qui simulent l'intelligence humaine. Par exemple, on va montrer à une machine l'image d'un chat en lui indiquant qu'il s'agit d'un chat et répéter l'opération avec un très grand nombre d'images. Le robot va essayer d'associer, à chaque image de chat, le mot chat. Au bout d'un certain nombre d'images de chats, le robot sera capable de dire, devant une image de *chat*, qu'il s'agit d'un chat, avec une bonne probabilité de succès.

Cette technologie a atteint il y a quelques années un certain niveau de maturité qui permet son déploiement industrielle. Elle fonctionne et elle va continuer à se généraliser, d'autant que son coût marginal est nul et que le développement des logiciels en a favorisé sa diffusion. Un certain nombre de tâches auparavant accomplies par des humains vont pouvoir être réalisées par des robots ou des machines de façon automatique. Son développement est dû à l'accumulation massive de données, aux progrès de l'algorithmique et à l'amélioration de la puissance des puces des ordinateurs. Tous les secteurs sont concernés par ces progrès.

L'*open data* a un rôle très important dans le développement des technologies d'IA. Les données mises à disposition servent à l'entraînement des machines. En mettant à disposition les données, on augmente ainsi la masse disponible pour l'entraînement des algorithmes. En matière de voitures autonomes par exemple, la progression des outils a pu avoir lieu grâce aux données issues de milliers de kilomètres de route parcourues par des conducteurs humains.

L'IA peut permettre d'améliorer considérablement la vie quotidienne, par la réalisation de tâches simples. Les personnes en situation de handicap peuvent, par exemple, voir leurs conditions de vie améliorées de manière très importante, par la transcription des sons, des images. Il existe actuellement aux États-Unis des assistants personnels de maison. Un logiciel retranscrit les demandes et les exécute (allumer/éteindre la lumière, etc.).

La France a plutôt de bonnes performances en matière de recherche sur les questions d'IA, mais les entreprises et les géants qui exploitent massivement ces technologies ne sont pas français. L'impact de cette technologie pour l'économie du pays est pourtant très important. Les États-Unis l'ont bien compris et investissent massivement dans ce domaine (1 milliard d'euros en 2016). La France compterait tout de même 200 à 300 start-up dans le domaine de l'IA.

Le développement de l'IA suscite en revanche des inquiétudes sociales, particulièrement en matière d'emploi. La crainte de voir certaines tâches s'automatiser alimente l'idée que des emplois pourraient massivement être détruits. Il faut nuancer cette approche. Le fait qu'une tâche soit automatisable n'implique pas nécessairement qu'elle soit automatisée. Il est en revanche plus probable que de nouveaux processus de répartition des tâches se développent : certains « bouts » de l'activité seront automatisés.

Le nombre de métiers concernés par le développement de l'IA est important. Les métiers du droit sont bien évidemment concernés, notamment dans le secteur de la recherche juridique. Les gains de temps réalisés pourraient améliorer la productivité. Il faut en conséquence porter une attention particulière à la formation – comme le souligne France Stratégie dans son rapport – afin d'être en mesure de s'emparer des outils et de les employer au mieux. Il s'agit là d'un enjeu majeur.

L'ensemble de ces éléments amène à se poser la question de ce que l'on veut faire de nos données, notamment en matière de justice. Une partie est déjà mise à disposition et intéresse les acteurs. L'ouverture pourrait permettre de toucher des communautés plus larges, de fournir de nouveaux services, d'optimiser certaines tâches, d'avoir un état de la jurisprudence, de nourrir des études statistiques, d'améliorer la rédaction des décisions – en esquissant automatiquement un début de raisonnement – jusqu'à obtenir un éclairage sur l'issue des litiges en fonction des affaires. Les juristes, les avocats, les justiciables sont intéressés par ces perspectives de meilleures prévisions.

Il y a en outre tout un écosystème d'entreprises – les *legaltech* – qui pourrait se développer en fournissant des services à partir de la jurisprudence. Aux États-Unis, la « justice prédictive » s'est développée, qui permet d'indiquer, selon les caractéristiques présentées par une personne, les issues possibles de l'affaire. Cela permet de mieux anticiper les décisions de justice, de simplifier le travail du juge en suggérant les éléments pertinents et même de désengorger certaines juridictions des cas les plus simples, au profit des cas compliqués. Dans le fond, ce sont des outils qui permettent une plus grande transparence.

S'il faut une régulation, celle-ci doit essentiellement porter sur la protection des données à caractère personnel. Pour le reste, il faut une certaine liberté.

QUESTIONS-RÉPONSES

En matière de décisions de justice, n'y a-t-il pas un risque de la machine qui génère des décisions finisse par se baser sur des décisions qu'elle a elle-même générées, et ainsi tourner en rond ?

Une bonne partie des systèmes qui se développent en matière d'IA sont des systèmes qui ont besoin de bases de données constituées à partir de cas réels, qui permettent l'apprentissage. S'il n'y a pas cette base de données et si le système ne la génère pas, il est alors nécessaire de coder des règles. L'encodage de règles est très utile pour un certain nombre de fonctions, mais on réalise qu'il présente des limites dans de nombreux domaines. Dans les cas complexes, il est nécessaire d'avoir recours à l'apprentissage à partir des données. Ces données d'apprentissage permettent à la machine d'apprendre de ses erreurs et de s'améliorer au fur et à mesure que les gens l'utilisent.

Il peut effectivement y avoir des problèmes concernant la base de données d'apprentissage. Une attention particulière doit donc lui être portée. L'avantage est qu'une machine reste une machine et qu'elle ne fait que ce qu'on lui demande de faire. Il peut lui être demandé de neutraliser l'impact de tel ou tel élément ou information dans le résultat final et ainsi permettre d'écarter certaines variables (genre, localisation géographique, etc.). Il faut donc être vigilant. Ce n'est pas parce que des biais existent – des biais sont d'ailleurs présents dans tous les types d'analyses, y compris non algorithmiques – qu'il faut rejeter l'IA.

Hormis le droit des données à caractère personnel – qui permet une régulation sur ce fondement spécifique – la question se pose d'une régulation des algorithmes, afin notamment de garantir la sincérité et la qualité des résultats obtenus, car ils peuvent fonder par la suite les décisions des acteurs. Quelle est la réflexion de France Stratégie sur ces questions ?

France Stratégie n'a pas mené de réflexion spécifique sur ce sujet-là. La CNIL a été chargée d'une réflexion sur cette question de la régulation des algorithmes, mais il n'y a pas encore eu de restitution. C'est un travail qui pourrait être conduit, y compris en fonction des secteurs, mais il faut aussi laisser de la liberté au marché, qui est également en mesure de s'autoréguler.

L'autorégulation par le marché n'est pas inexistante, mais permet-elle, en matière de justice prédictive, d'identifier les biais du traitement algorithmique, surtout si l'on ne garantit pas a minima la transparence des algorithmes ? Les utilisateurs auront un résultat proposé par l'outil, mais ils ne pourront que très difficilement – surtout les profanes – en mesurer la qualité.

Un contrôle en amont paraît difficilement envisageable. Les outils seront proposés et se perfectionneront avec l'utilisation et les retours des utilisateurs. Des capacités d'audit *a posteriori* pourraient en revanche être développées de manière intéressante. L'État pourrait également assurer des fonctions de contrôle, par exemple via des mécanismes de certification et s'assurer que les algorithmes répondent à certains critères comme l'objectivité, la transparence, la non-discrimination. Il faut qu'une discussion puisse se développer sur les outils et que des études soient conduites sur ce sujet.

Quel est le modèle de rentabilité économique issu de la diffusion de ces données ? Quel bénéfice économique pour l'État ?

Sur les modèles de diffusion des données en *open data*, les données diffusées permettent la création de valeur et de services nouveaux, générateurs de dynamisme économique. Ces nouveaux services peuvent être strictement payants. Il peut aussi y avoir des créations gratuites, par exemple dans le domaine de la recherche. Il peut également y avoir des modèles mixtes comme le « *freemium* » qui associe une offre de base gratuite à une offre de plus haut niveau qui est payante. Lorsque les données sont en accès restreint, il peut y avoir des conventions et des redevances sous certaines conditions.

Les ministères peuvent eux-mêmes employer ces nouveaux outils pour exploiter leurs données pour améliorer leur fonctionnement.

Audition de M. Bruno DEFFAINS

Professeur à l'Université Paris II – spécialiste d'économie du droit

Exposé liminaire

Le marché du droit connaît des évolutions comme il n'en a jamais connues. L'offre et la demande sont toutes deux concernées. Les transformations sont si rapides qu'il est difficile d'en avoir une vision exhaustive. Il est à noter que les algorithmes se sont rapidement développés dans les pays anglo-saxons dont le droit est de nature jurisprudentielle. Le droit français, droit des codes, est dans une phase de rattrapage rapide. L'ensemble des professions juridiques est concerné même si elles sont souvent fragilisées en raison de leur fragmentation face aux ruptures technologiques qu'elles sont lentes à adopter vis-à-vis de grandes organisations plus structurées. Les solutions d'IA affectent également les métiers du *paralegal* dans les cabinets. Les enjeux des legaltechs en termes d'intermédiation, de business model, de tarification des prestations sont considérables. L'Université de Paris 2 a créé récemment un DU et participe au développement d'un observatoire des legaltechs afin de pouvoir suivre précisément ces transformations.

Les outils juridiques connaissent une évolution technologique qui peut être résumée en trois temps : le « 1.0 » qui consiste à générer des documents et de la documentation ; le « 2.0 » que constitue le développement du *machine learning* ; le « 3.0 » qui voit se développer des solutions d'IA encore plus performantes qui commencent à raisonner et « challengent » l'humain sur certaines tâches.

Les outils proposés ne présentent pas, sur le plan conceptuel, de caractère particulièrement révolutionnaire. Ce qui est innovant est l'alliance de trois éléments : le support (le *smartphone*, par exemple) ; le programme ; et surtout la masse de « *data* ». La possibilité, aujourd'hui, de collecter et de traiter de très grandes masses de données est la réelle nouveauté. Le changement ne réside pas vraiment dans les algorithmes eux-mêmes.

Depuis, le lancement de la *startup* canadienne *Ross Intelligence* basé sur IBM Watson a créé un signal fort pour les acteurs sur le marché du droit. Ce nouvel outil, censé devenir plus intelligent au gré de son usage, est essentiellement un moteur de recherche que l'on interroge avec des questions posées en langage naturel. À partir de ce moment, les professions juridiques ont pris conscience de la nécessité de s'adapter à l'émergence de l'intelligence artificielle dans leurs activités. Dans la pratique, on constate qu'une bonne partie des outils de l'intelligence artificielle dans les métiers juridiques sont, à l'image de *Ross*, des moteurs de recherche améliorés qui permettent de consulter les lois et la jurisprudence. Des applications plus sophistiquées sont également apparues, pour comparer des contrats, les optimiser et faire des prédictions sur l'issue d'un procès. Il s'agit notamment de calculer une probabilité à partir de l'exploitation de données passées. Pour l'essentiel, les techniques d'IA exploitées dans le domaine juridique tournent autour du NLP (*Natural Language Processing*).

Ces outils présentent incontestablement des atouts dans la mesure où les systèmes d'interrogation de bases de données juridique comme *Case Law Analytics* visent à analyser les aléas juridiques d'une affaire. En l'occurrence, il s'agit de traiter la jurisprudence, d'établir et de visualiser des modèles probabilistes permettant d'évaluer non seulement l'issue d'une affaire mais également ses éléments quantitatifs comme les dommages et intérêts. Mais comme toujours avec l'IA, la qualité d'une évaluation dépend des données et notamment de la quantité d'études de cas analysées. Si le cas est inédit, l'étude de la jurisprudence n'apportera pas grand-chose : la probabilité repose sur le passé.

Par delà leurs atouts en termes de prévision et de maîtrise des risques juridiques, ces nouveaux outils soulèvent également des interrogations. La première renvoie au déterminisme qu'ils véhiculent. En 1814, le mathématicien français Laplace décrit une entité, appelée par la suite démon de Laplace, capable de calculer et de déterminer tous les événements futurs, pourvu que lui soient communiquées les positions, masses et vitesses de chaque atome de l'univers et les différentes formules de mouvement connues. Il découle de la pensée de Laplace que si nous devions inclure les particules dans nos cerveaux, la liberté deviendrait une illusion... De fait, « le démon de Laplace tourne simplement les pages d'un livre déjà écrit ».

La seconde est celle de la fiabilité des outils. Quel que soit le champ concerné, pénal ou civil, il faut insister sur la nécessité d'un encadrement précis de l'utilisation des algorithmes. Les écueils sont de différentes natures. En premier lieu, on sait que l'usage des algorithmes n'élimine pas le risque de biais. En effet, plus un algorithme est « nourri » par les données, plus il devient intelligent. Mais seulement à la hauteur des données dont il a été nourri... Or les données peuvent contenir des biais que l'on retrouvera par conséquent dans l'algorithme en lui-même. Et ce sans compter les biais qu'ont, le plus souvent inconsciemment, véhiculé les développeurs en réalisant l'algorithme. En second lieu, on comprend que la qualité du travail des algorithmes dépend de la quantité et de la qualité des données utilisées. Dès lors que les acteurs du marché sont en situation d'asymétries d'information, le risque est grand de voir émerger des défaillances de marché. La transparence est une condition *sine qua non* d'une utilisation satisfaisante des algorithmes en évitant les manipulations et utilisations stratégiques de l'information. Enfin, la question de la protection des données doit être posée. Les nouvelles formes de procédés décisionnels automatisés permettent en effet un traitement inédit des données de masse, données brutes, hétérogènes, dynamiques, caractéristiques des *Big Data*. Bien que le *Big Data* ne se réduise pas aux seules données personnelles et que l'immense majorité des traces produites par les individus, directement (que ce soit un « clic » sur un lien internet, un « like » sur un réseau social) ou indirectement (sous forme de métadonnées) ne constituent pas, individuellement, des signaux identifiants, force est de constater que les capacités de corrélation des procédés d'analyse statistique font dès à présent entrer dans l'espace des données personnelles un ensemble

de données fragmentées, en apparence anodines, qui en étaient jusqu'alors exclues posant par la même la question de la régulation des algorithmes.

QUESTIONS-RÉPONSES

La régulation doit-elle cibler les outils ou la transparence des outils ?

Les deux. Il conviendrait sans doute de mettre en place des organismes de « certification » qui permette d'assurer que l'on ne transforme ni les juristes, ni les citoyens en informaticiens. Il s'agit d'une garantie essentielle pour le citoyen que d'être en capacité de vérifier que les outils qui sont mis sur le marché respectent un certain nombre de caractéristiques en termes de transparence, de respects des données individuelles... Il est important d'assurer la confiance. L'autorégulation ne suffira pas dès lors que l'on est dans un contexte d'asymétries d'information entre les deux côtés du marché. Le précédent des Fintechs est intéressant notamment avec l'apparition de dispositifs (tel « Algoguard » qui vérifie la qualité des algorithmes utilisés en finance).

Quels sont les garde-fous indispensables ? L'anonymisation du nom des magistrats, des noms des professionnels de justice, un organisme de certification des algorithmes ? Quels autres mécanismes peut-on imaginer pour réguler efficacement l'open data en matière de justice ?

L'anonymisation est une question sensible. En donnant une information sur le magistrat, on peut créer son profil et, par la même, donner une information précieuse au marché qu'il saura utiliser de manière stratégique. Les nouveaux objets algorithmiques posent ainsi des problèmes d'interprétation et d'application des dispositions légales en vue de la protection des données à caractère personnel. Capables de détecter les plus ténues des corrélations dans les données produites par les utilisateurs des réseaux, ils contribuent à bouleverser la définition même de donnée personnelle. Ce qui est vrai pour les individus en général l'est aussi pour le juge. D'un point de vue économique, il n'est pas démontré que la recherche du bien-être social passe par l'absence de garde-fous.

Dans les pays anglo-saxons, il commence à y avoir des dispositifs de régulation bien visibles. La France a intérêt à faire de même. Il convient de ce point de vue de mettre en place des garde-fous par rapport aux calculs financiers rendus possibles par ces nouveaux outils. Si le marché des legaltech permet l'émergence de nouveaux segments de marché, il y aura aussi des segments et des services qui seront délaissés en raison de leur faible rentabilité. Or ces segments peuvent être socialement importants. Dans une affaire, même avec une faible probabilité de gain, il est certainement souhaitable de laisser le justiciable s'engager et de lui offrir la possibilité d'accéder au droit.

Y a-t-il un risque que les entreprises françaises soient insuffisamment concentrées et structurées par rapport à leurs concurrentes étrangères ? voire que certaines puissent passer sous contrôle étranger ?

Bien sûr, ce risque est réel. Les grandes entreprises, notamment américaines, du domaine des nouvelles technologies sont très intéressées par le secteur. Elles sont présentes y compris dans la recherche avec les universités. Il faut permettre aux *legaltech* d'évoluer et d'intégrer la notion de recherche-développement. Les professions juridiques sont souvent fragilisées en raison de leur fragmentation face aux ruptures technologiques qu'elles sont lentes à adopter vis-à-vis de grandes organisations plus structurées.

Une régulation à l'échelle nationale est-elle suffisante ?

Pour être efficace il faudrait en effet qu'il y ait convergence des régulations au niveau international et il faudrait *a minima* définir un cadre de référence européen.

Comment les acteurs publics – notamment le ministère de la justice – peuvent-ils tirer parti des nouveaux outils ? Faut-il qu'ils développent leurs propres outils ?

Il est souhaitable que l'acteur public ne soit pas à l'écart de ces évolutions. Il y a de la richesse au sein de l'institution judiciaire – et pas seulement juridique – qui doit être exploitée. Des compétences sont développées par le privé, mais le secteur public doit apporter sa contribution et ne pas être à la remorque des évolutions qui sont en cours. Il faudrait néanmoins une politique publique globale et non des acteurs publics qui développent des outils de manière éclatée.

Audition de la société Case law Analytics

La société Case law analytics a fait la démonstration de l'outil développé lors de son audition. À défaut, pour la mission, de pouvoir restituer celle-ci dans un compte-rendu, la société Case law analytics a produit à la mission la contribution écrite suivante.

Contribution à la mission sur l'*open data* des décisions de justice

Deux innovations, d'ordre scientifique et technologique, vont selon toute vraisemblance modifier significativement et à très court terme tout un pan du fonctionnement de la justice : il s'agit des **progrès majeurs récents en intelligence artificielle** (plus précisément en apprentissage automatique), et de la mise à disposition au public d'un **nombre croissant de décisions de justice**. Cette conjonction permet de créer des outils qui vont de la présentation de statistiques de décisions passées filtrées selon certains mots ou expressions clés, pour les plus rudimentaires, à la modélisation mathématique du processus de décision judiciaire pour les plus raffinés.

La disponibilité en ligne de grandes masses de décisions est déjà une réalité, à travers le portail Legifrance, qui permet d'accéder à une quantité substantielle de jurisprudences administrative, judiciaire et du Conseil Constitutionnel. Même si l'application de loi pour une République numérique se traduira probablement, à terme, par un changement d'échelle dans l'accès aux décisions, le volume actuel est déjà suffisamment conséquent pour l'on puisse appliquer les outils récents mis au point en intelligence artificielle.

Parmi ces outils, les méthodes de reconnaissance de la langue naturelle, même si leurs performances sont encore limitées, permettent de repérer dans des textes certaines occurrences, et d'extraire, avec toutefois un taux d'erreur significatif, les décisions concernant un contentieux donné et contenant certaines caractéristiques. On peut alors calculer, sur la masse de ces décisions, le nombre moyen de condamnations ainsi que la valeur moyenne des montants prononcés quand cela est pertinent.

Ces informations, *de nature purement statistique*, ont certainement un intérêt, par exemple pour détecter d'éventuelles hétérogénéités géographiques ou temporelles. Elles n'ont en revanche aucune validité scientifique si l'on se pose la question de prévoir une décision future dans un dossier ayant les mêmes caractéristiques que celles sur lesquels les statistiques ont été calculées, et ce pour au moins trois raisons :

- tout d'abord, les critères de sélection sont nécessairement assez pauvres, de l'ordre de quelques unités : au-delà de cinq à dix critères, les recherches ne donnent que peu ou pas de résultats, la jurisprudence disponible en ligne n'étant pas assez fournie. Or, il est rare qu'un dossier puisse se résumer à aussi peu d'informations, ce qui fait que les statistiques sont calculées en réalité sur des affaires qui peuvent être fort différentes de celles que l'on cherche à analyser ;
- en second lieu, on sait (au moins depuis Galilée) qu'il est dangereux de confondre causalité et corrélation. Un exemple connu est la corrélation presque parfaite qui existe entre taux de divorce dans l'état du Maine aux Etats-Unis et consommation de margarine par habitant dans le monde entre 2000 et 2009. Personne ne songerait à prédire l'une de ces informations à partir de l'autre. La seule méthodologie valide pour faire des prédictions, utilisée dans tous les domaines scientifiques, consiste à faire un modèle de la situation étudiée : pour cela, on commence par déterminer quelles sont les variables principales qui entrent en jeu ; on étudie ensuite la manière dont elles se combinent entre elle, et enfin on ajuste et valide le modèle ainsi conçu sur des données du passé. Faire l'économie de la phase de modélisation n'est pas plus envisageable quand il s'agit de droit que, par exemple, de médecine ;

- la troisième raison est propre au domaine de la justice : comme le montre une étude parue dans les cahiers de la justice (voir Des juges sous influence, Cahiers de la Justice, 2015/4), un seul et même juge peut rendre des décisions distinctes dans un dossier présentant les mêmes caractéristiques. La longueur de l'audience, la nature du dossier traité juste avant ou d'autres paramètres peuvent avoir une incidence forte sur la solution donnée. Plus profondément, même si deux dossiers ont en apparence les mêmes caractéristiques, des différences subtiles et non quantifiables font que rendre des décisions différentes est parfaitement compréhensible : c'est toute la difficulté et l'art de rendre la justice que de tenter de traiter tout le monde de manière égale tout en tenant compte des particularités intrinsèques à chaque situation. **Le projet même de prédire la justice est donc fondamentalement erroné.**

Toutes ces arguments conduisent à penser que l'exploitation sans précaution d'un nombre massif de décisions mises en libre accès, non seulement *n'apporterait aucune plus-value* mais pourrait donner lieu à de **graves effets performatifs**. On peut classer ces effets en deux catégories :

- **performativité convergente** : l'utilisation de simples statistiques sur le passé, présentant en sus uniquement des moyennes non qualifiées (c'est-à-dire sans leur marge d'erreur), si elle venait à influencer les juges, conduirait non seulement à une uniformisation des pratiques, mais, ce qui est nettement plus grave, à laisser à terme la machine décider à la place de l'homme : plutôt que de *justice prédictive*, il faudrait alors plutôt parler de *justice prescriptive*. Nous pensons que ce danger est actuellement surévalué dans les discussions sur la justice prédictive. Nous faisons en effet confiance à l'indépendance des magistrats pour limiter cet effet ;
- **performativité divergente** : malheureusement, l'effet inverse, qui nous semble avoir une plus grande probabilité de se réaliser, est encore plus dommageable. Sans trop entrer dans les détails, qui font l'objet d'une étude dans le cadre d'un projet financé par la Mission de recherche Droit et Justice, nous craignons d'assister à l'enchaînement suivant :
 - o les outils de « justice prédictive » vont permettre à certains professionnels de se satisfaire de solutions de facilité, qui donnent une fausse idée du résultat « probable » (en réalité moyen) de l'issue d'un contentieux ;
 - o ceci peut conduire une partie des justiciables, les moins à même de se défendre, à renoncer à aller au tribunal et à se contenter de transiger sur des bases fausses,
 - o alors que d'autres, plus informés et mieux armés, soit utiliseront de meilleurs outils soit iront au tribunal ;
 - o or les magistrats, dont nous pensons fermement qu'ils continueront à remplir leurs tâches avec les compétences techniques et humaines requises, rendront souvent des décisions différentes ou très différentes de ces « prédictions » ;
 - o à moyen terme, cette justice à deux vitesses diminuera la confiance que le justiciable place dans la justice, fragilisant notre système judiciaire.

Les outils de *Case Law Analytics* ont été soigneusement conçus pendant plusieurs années, au sein de l'institut de recherche public INRIA, pour éviter cet enchaînement malheureux en :

- se fondant sur un panel riche de critères définis et validés par des membres des professions judiciaires ;
- modélisant le processus de décision juridique au lieu de se contenter de statistiques, selon la méthodologie scientifique universellement pratiquée, ce qui permet de fournir des résultats prouvés théoriquement et vérifiés empiriquement ;
- présentant l'ensemble des décisions qui seraient prises par une cour d'appel sur un dossier donné plutôt qu'une valeur moyenne qui n'a pas de signification au plan scientifique.

Ces outils, qui reposent sur des modèles mathématiques simulant un processus de décision et ne sont pas simplement des moyens statistiques d'analyse de la jurisprudence, n'ont à ce jour aucun équivalent.

C'est aux professionnels du droit, et singulièrement au ministère et à l'institution, de se saisir de cette problématique, de la comprendre en profondeur non pas seulement avec les principaux acteurs et producteurs des bases de données mais également avec l'aide de mathématiciens, et de décider comment ouvrir les données et quelle utilisation en faire pour que notre système judiciaire en soit amélioré et non dégradé.

Jérôme Dupré, magistrat en disponibilité, docteur en droit

Jacques Lévy Véhel, directeur de recherches INRIA, docteur en mathématiques, président et cofondateur de la startup *Case Law Analytics*.

Audition de la société Doctrine

La société Doctrine a fait la démonstration de l'outil développé lors de son audition. À défaut, pour la mission, de pouvoir restituer celle-ci dans un compte-rendu, la société Doctrine a produit à la mission la contribution écrite suivante.



Doctrine est un moteur de recherche juridique qui utilise les dernières innovations technologiques du *big data*. Nous mettons ces technologies au service de nos utilisateurs, parmi lesquels figurent notamment de très nombreux magistrats et assistants de justice pour faciliter leur travail au quotidien.

Nous ne croyons pas au remplacement des juristes par des machines et voulons doter les juristes d'outils numériques puissants pour révolutionner leur pratique car ils sont aujourd'hui pénalisés dans leur entrée dans l'ère numérique. Cela passe en partie par l'intelligence artificielle et donc par l'*open data* des décisions de justice.

En effet, l'intelligence artificielle mise au service du juriste offre des perspectives réjouissantes. Elle permet par exemple à l'avocat et surtout au magistrat un accès simplifié et personnalisé à la jurisprudence, une approche plus intelligente du droit existant et donc un gain de temps précieux. Cependant, ces possibilités technologiques sont considérablement ralenties par l'indisponibilité de la matière première de l'intelligence artificielle juridique : les décisions de justice.

I. L'open data : l'application moderne du principe séculaire de publicité des jugements

Pourtant, la publicité des jugements est un principe séculaire. Déjà, au sortir de la Révolution française, la loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790 prévoyait dans son article 14 : « *en toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugemens seront publics* », consacrant ainsi un principe essentiel de notre droit. Si le législateur avait été à l'époque si tranché sur la publicité des jugements, c'est parce que, rappelle Augustin-Charles Renouard, Conseiller à la Cour de cassation : les jugements « *ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent, ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier ; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens* » (Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, « Jugements et arrêts », 1839).

Or, si la publicité des jugements au titre de la publicité des débats judiciaires est un principe fondamental, la France connaît un retard considérable dans la mise à disposition de la jurisprudence. En effet, seul 1% des décisions françaises est aujourd'hui disponible alors que dès 1997, la Cour européenne des droits de l'homme avançait que : « *la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1. Ladite publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention* » et « *Autorisation accordée aux tiers [...], d'obtenir une copie des jugements ne constitue pas un libre accès de chacun au texte intégral des jugements* » (CEDH, Szücs c. Autriche, 24 nov. 1997).

II. L'open data jurisprudentiel : un objectif affiché de transparence

C'est presque mot pour mot l'objet des deux amendements (n° 577 et n° 604) adoptés à l'origine de la disposition de l'article 12 du projet de loi pour une République numérique qui rappelaient qu'ils visaient « à améliorer l'accès des citoyens aux décisions rendues par les juridictions judiciaires. Il s'agit d'un principe démocratique fondamental. L'accès à la jurisprudence permet d'accroître la transparence du pouvoir judiciaire, de préserver la confiance des citoyens dans la justice et d'assurer aux justiciables une sécurité juridique ». Durant les débats, Axelle Lemaire, secrétaire d'État au Numérique allait encore plus loin que le texte dans le sens de la transparence en déclarant que « la décision de justice est rendue au nom du peuple français, elle l'est au vu et au su de tous en la présence du public pour se préserver de l'arbitrage du juge ou du pouvoir » (sic).

Par ailleurs, ces mesures en faveur de davantage de transparence et du libre accès aux jugements entrent dans le cadre du droit européen. En effet, celui-ci a favorisé l'élargissement du concept de donnée publique au secteur judiciaire par la directive 2003/98/CE : « la publicité de tous les documents généralement disponibles qui sont détenus par le secteur public - non seulement par la filière politique, mais également par la filière judiciaire et la filière administrative - constitue un instrument essentiel pour développer le droit à la connaissance, principe fondamental de la démocratie. ». Il importe à ce titre que la France, dans les décrets d'application, suive les pratiques déjà établies des autres États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe en matière d'accès, d'anonymisation et de diffusion.

III. L'open data : un principe qui doit désormais entrer en application

Si les articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ont constitué un espoir pour tous les utilisateurs du *big data* juridique, l'attente des décrets d'application et le manque de moyens financiers des juridictions sont autant de barrières posées pour une réalisation véritable de l'*open data* des décisions de justice et une réutilisation optimale de la donnée jurisprudentielle.

Ainsi, dans un article intitulé « La mémoire numérique des décisions judiciaires. L'open data des décisions de justice de l'ordre judiciaire » MM. Buat-Ménard et Giambiasi émettent l'hypothèse d'un *open data* complet en 2025. Il paraît pourtant impensable de faire attendre les justiciables près de 10 ans pour garantir le respect d'un droit fondamental, celui du libre accès de chacun au texte intégral des jugements.

Notre pays dispose déjà de principes de publicité solidement ancrés dans son droit et profiterait de cette mise à la disposition du public. Il s'agit donc de donner les moyens aux juridictions de publier ou de permettre l'accès à leurs bases de données de décisions.

Cette situation est d'autant plus dommageable qu'il ne s'agit pas seulement d'enjeux théoriques de respect des principes de publicité des décisions de justice mais, surtout, le défaut de publicité des décisions de justice est un frein à l'amélioration du service public de la justice et à l'accessibilité du droit pour les justiciables.

Audition de la société Predictice

La société Predictice a fait la démonstration de l'outil développé lors de son audition. À défaut, pour la mission, de pouvoir restituer celle-ci dans un compte-rendu, la société Predictice a produit à la mission la contribution écrite suivante.

Contribution pour la Mission Open Data des décisions de justice

Suite à l'audition du 7 septembre 2017

La justice prédictive se définit comme la projection dans le futur d'une relation observée entre des éléments de fait ou de droit présents dans les décisions de justice passées, dans le but d'évaluer et d'optimiser les aspects quantitatifs et qualitatifs des avenir judiciaires possibles.

Concrètement, sur un outil comme Predictice, l'utilisateur professionnel définit un panel de décisions à l'aide d'une série de mots clés, puis génère des statistiques sur cet ensemble de données (probabilité de succès d'un objectif contentieux, montant d'indemnités associé, éléments les plus influents). Le « saut prédictif » n'est donc pas fait par l'outil, qui se contente de produire une information conservatrice, car appuyée sur les décisions passées – mais bien par l'utilisateur qui, en utilisant cette information, optimise sa stratégie et sa décision.

La conséquence est évidente mais mérite d'être rappelée : les outils analytiques ne remplaceront pas les professionnels du droit. De la même façon que l'apparition de l'imagerie par résonance magnétique a renforcé la valeur des conseils et des actions du corps médical, la justice prédictive va renforcer l'expertise et la valeur ajoutée des professionnels du droit. En revanche, l'utilité de l'analytique juridique est directement liée à la granularité des analyses qu'il est possible de réaliser, donc à la quantité et à la qualité des décisions de justice accessibles. Le reste - « juge robots », « disparition des avocats » et consorts – relève du fantasme.

1. L'utilité de l'analytique juridique pour les professionnels du droit

1.1 Avocats

Les avocats qui considèrent les évolutions technologiques comme une opportunité vont très largement bénéficier de ce nouvel environnement. Les structures utilisant cette technologie d'aide à la décision constatent aujourd'hui plusieurs bénéfices. Dans le désordre, sont très largement remontés : un gain de temps dans la recherche de l'information, l'optimisation dans les choix stratégiques et le renforcement des capacités de négociation. Mieux, la plupart des cabinets facturent les analyses générées grâce à cette technologie (comme une clinique facturerait une radiographie) et constatent une augmentation de leur chiffre d'affaire en parallèle, d'ailleurs, de celle de la satisfaction client.

1.2 Directions juridiques

En anticipant les risques d'un litige, les directions juridiques peuvent entamer, lorsque cela est opportun, des négociations rapides et efficaces. Plus le cas a d'écho dans les décisions passées, plus la statistique est fiable. En conséquence, sur les problématiques les moins sujettes à variations, l'information chiffrée « objectivise » les enjeux, ce qui facilite la résolution amiable ainsi que la préservation des relations commerciales.

Si le dossier part au contentieux, l'entreprise est alors capable de provisionner avec une grande précision la perte éventuelle dans ses comptes. L'encourt contentieux de certaines structures dépassant plusieurs centaines de millions d'euros, la finesse du provisionnement permet des gains significatifs, ce qui peut notamment améliorer l'allocation des ressources.

1.3 Magistrats

Submergés par les dossiers et manquant de moyens, les magistrats devraient bénéficier à moyen terme d'une forme d'évaporation de certains contentieux, plus susceptibles d'être résolus en phase précontentieuse par les entreprises et les cabinets d'avocats ayant accès à cette technologie. Les efforts de déjudiciarisation entrepris par d'autres moyens pourront trouver là un nouveau relais.

Les magistrats ont en outre une possibilité radicalement nouvelle : les algorithmes s'appuyant sur leurs décisions, ils imposeront par la force des choses une forme de barémisation souple et évolutive aux autres acteurs, car appuyée sur ce qu'ils décident et continueront de décider.

2. Une amélioration de la transparence et de la confiance des citoyens dans le service public de la justice

En plus d'être un impératif aux yeux du Parlement européen¹, l'open data est un levier pour créer une relation de confiance entre la justice et les citoyens. L'étude des statistiques sur Predictice le prouve : la justice est bien rendue sur le territoire. Certes, des écarts apparaissent, principalement entre les ressorts des juridictions, mais ils sont bien évidemment la conséquence des disparités économiques et sociologiques : qui peut contester qu'un bassin d'emploi plus riche entraîne des indemnités de licenciement en moyenne plus élevées ? La justice donc, est bien rendue ; aucune menace sur la paix sociale n'est à craindre si cette information est plus communément partagée, au contraire.

S'agissant de la problématique de l'anonymisation, il est capital de garantir l'accès à une information d'une qualité maximale, au risque de faire *un open data* inutile, qui donnerait accès à des documents contenant trop peu d'information pour être exploité - tout en garantissant, bien sûr, la protection de la vie privée des justiciables.

C'est la raison pour laquelle la solution la plus pertinente semble être de maintenir le système de pseudo-anonymisation des personnes physiques d'un côté, et de ne pas enlever le nom des personnes morales, des avocats, ou des magistrats de l'autre. La justice est rendue au nom du peuple français et la société a le droit de demander à l'Administration de rendre compte de son action. Enlever le nom des agents publics et des auxiliaires du service public apparaîtrait comme une position immensément rétrograde en Europe. En outre, en cas de ré-identification des justiciables, l'infraction prévue par l'article 226-19 du code pénal² pourra jouer.

3. L'enjeu économique de l'open data des décisions de justice

Alors qu'il semble difficile de soutenir que la France peut encore être pionnière dans les technologies d'intelligence artificielle à destination du grand public, si largement dominées par les acteurs américains, il est en revanche possible de se battre pour renforcer l'expertise sectorielle.

La règle absolue étant celle du *no data, no game*, l'enjeu politique et économique, gigantesque, est ici de mettre à la disposition des centaines d'acteurs qui le souhaitent (principalement l'écosystème des startup françaises) des données publiques, de façon gratuite, libre et réutilisable.

¹ « Greater access to court files for third persons is not only recommended, it is necessary in view of the abovementioned problems ranging from some inconveniences to infringements of procedural rights, acknowledged as a fundamental human rights », National practices with regard to the accessibility of court document, study, Policy department, 2013

² « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende (...)le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté. »

La France avait une avance sur l'*open data* judiciaire grâce au vote de la loi du 7 octobre 2016, elle va sans aucun doute le perdre si un plan de déploiement progressif de l'*open data* n'est pas mis en œuvre dès le printemps 2018.

4. Un plan de déploiement progressif

Les grands soirs ne fonctionnent pas en informatique. La vision la plus pragmatique, et celle réalisable à moindre coût, est de rendre les décisions de justice progressivement accessibles sur la plateforme open.data.gouv.

L'idée est de mettre d'abord à disposition les fonds qui sont déjà constitués (notamment JuriCA et Ariane), puis, progressivement, ceux qui ne le sont pas encore (les premières instances de l'ordre judiciaire).

Ce déploiement progressif permettra d'éviter des erreurs, tout en commençant à mesurer les effets de l'*open data* dès la libération des premières bases et laissera plus de temps pour préparer la récupération et le traitement des bases non constituées.

Il y a des décrets plus difficiles que d'autres à prendre, mais les articles 3, 20 et 21 de la loi n°2016-1321 – par les externalités démocratiques, économiques et judiciaires très positives qu'ils promettent – valent le coup d'une décision audacieuse permettant une mise en œuvre rapide.

Louis Larret-Chahine
Directeur Général @Predictice
www.predictice.com

ANNEXE 4

CONTRIBUTIONS ÉCRITES



Le Président

Paris, le 30 juin 2017

Monsieur Loïc CADIET
Président de la mission sur l'Open Data
des décisions de justice
Direction des services judiciaires
Ministère de la Justice
13, place Vendôme
75001 PARIS

Objet : mission sur l'open data des décisions de justice

Monsieur le Président,

Je me permets de vous adresser ce courrier à la suite de votre message du 14 juin dernier.

En effet, nous n'avons pu nous rencontrer comme vous le proposiez car nous n'avons pas reçu de réponse lorsque nous avons proposé une date de rendez-vous.

A défaut d'avoir pu en discuter avec vous, nos remarques sont les suivantes :

Sur la mise à disposition du public des décisions : il semble que le mouvement soit irréversible mais il doit être encadré en particulier en faisant en sorte que toutes les décisions soient anonymisées, en ce qui concerne les parties. En outre, se pose la question du risque de « forum shopping » qui consisterait pour les avocats à choisir le tribunal en fonction de la tendance de ses décisions. Nous proposons qu'il soit imposé que les règles de compétence soient scrupuleusement observées.

Par ailleurs, le Président du Conseil national des greffiers a indiqué que dans le cadre de cette démarche, ils allaient demander la généralisation de la possibilité de la signature électronique des jugements par les juges. Dans la mesure où cette possibilité technique est strictement encadrée (clef électronique certifiée), nous proposons de soutenir ce sujet car cela ne pourra que faciliter le travail des juges.

Je reste, bien entendu joignable (06.85.90.22.34) pour en discuter si vous le souhaitez.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, en l'assurance de ma considération très distinguée.

Georges RICHELME



MISSION DE L'OPEN DATA DES DECISIONS DE JUSTICE

Remarques de l'UNSa SJ (syndicat représentant les fonctionnaires des services judiciaires)

Nous ne ferons aucun commentaire quant à l'article 20 de la Loi 2016-1321 du 7 octobre 2016 qui relève des juridictions administratives, notre organisation syndicale ne représentant pas les juridictions administratives.

Concernant l'article 21 de cette même Loi ainsi rédigé :

« Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.

Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes »

L'UNSa SJ si elle n'est pas opposée à la publication au public des décisions de justice tient à insister sur la principe de l'anonymat des personnels de justice (greffiers et magistrats).

Nous constatons que les justiciables sont d'ailleurs protégés.

La diffusion des décisions de justice - avec apparition des noms des signataires - aux professionnels mais exclusivement aux magistrats et greffiers, avec apparition des noms ne pose aucune difficulté à nos yeux.

Par contre une large diffusion au public, y compris aux autres professionnels du droit, (auxiliaires de justice, universitaires...), **nous semble dangereuse, et inconcevable**, car tout citoyen pourrait y accéder. **Il devrait être prévu, comme pour les policiers ou gendarmes un matricule pour les magistrats et fonctionnaires qui pourraient remplacer les noms, ce matricule serait identifiable pour les autorités et personnes habilitées par le ministère ou la CNIL.**

Nous sommes hélas dans une situation tendue, eu égard notamment à la montée du terrorisme. Il est donc nécessaire de protéger les fonctionnaires qui seraient identifiés dans ces décisions et facilement accessibles pour une personne mal-intentionnée, comme ce fut le cas pour les fonctionnaires de police tués à leur domicile de Magnanville dans les Yvelines en juin 2016.

Notre organisation agira à tous les niveaux nécessaires pour que cette diffusion des décisions de justice ne se fassent qu'à la condition « d'anonymiser » ces documents en totalité.

Le bureau National de l'UNSa Services Judiciaires, le 4 juillet 2017.

Représentant : Hervé BONGLET, SA au SAR de Dijon, secrétaire Général de l'UNSa SJ.

Paris, le 24 juillet 2017

Contribution du Syndicat de la magistrature
Mission d'étude et de préfiguration relative à l'open data des
décisions de justice

Le Syndicat de la magistrature a été entendu le 6 juillet dans le cadre de la mission ayant pour objectif d'éclairer la rédaction des dispositions d'application des articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique : ces articles ont institué une mise à disposition du public des décisions rendues par les juridictions des ordres administratif et judiciaire.

Le présent document constitue la synthèse de la contribution du syndicat lors de cette audition, portant dans une première partie sur les enjeux de la réforme, et ébauchant dans une seconde partie des principes pour les modalités de sa mise en œuvre.

I. Les enjeux de la mise à disposition du public des décisions de justice

1. Un principe de transparence qui doit contribuer au procès équitable

Le principe de publicité de la justice est reconnu par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) comme un des éléments nécessaires au procès équitable. Il s'agit d'une expression du principe de la transparence auquel sont attachés les systèmes judiciaires des Etats membres et qui conduit à placer la justice sous le contrôle du public : la CEDH estime que ce principe protège les justiciables contre une justice secrète et constitue l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours

et tribunaux. La publicité constitue un facteur important de prévisibilité et de sécurité juridique que la CEDH rattache au principe fondamental de la prééminence du droit. Il implique que les citoyens aient une connaissance complète de la décision et qu'ils puissent donc obtenir copie des décisions rendues publiquement.

C'est d'ailleurs bien ce que prévoient les textes français. Ainsi, en matière civile, les décisions contentieuses sont rendues en audience publique et « les tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement. » En matière pénale, le principe est la publicité des débats comme du prononcé du jugement et il résulte de l'article R 156 du code de procédure pénale que les expéditions des arrêts, jugements, ordonnances pénales définitifs rendus publiquement peuvent être délivrés à un tiers sans autorisation du procureur de la République ou du procureur général.

Aujourd'hui, s'il existe des imprimés CERFA pour demander la délivrance de copie de décisions de justice, il est dans la pratique long et compliqué d'y accéder. Ce sont souvent des acteurs privés qui assurent cette mission de service public, en mettant à la disposition de ceux qui sont prêts à payer les banques de données jurisprudentielles.

A ce titre, la mise à disposition du public de l'ensemble des décisions, par open data, gratuitement, est manifestement un progrès. Elle opère un changement important, faisant passer de l'ère de la publicité des jugements à celle de la publication des décisions de justice.

Afin que la publication des décisions œuvre dans le sens du procès équitable, c'est-à-dire d'une réelle transparence, elles doivent être mise à disposition de manière intelligible. C'est là le premier enjeu de cet open Data, au regard de la masse des informations qui seront disponibles. En effet, si les décisions mises à disposition ne devaient être exploitables que par des sociétés privées, payantes, se donnant les moyens de les exploiter avec des logiciels perfectionnés permettant d'ouvrir sur des perspectives de justice prédictive, la réforme manquerait son objet.

2. Un équilibre nécessaire entre transparence et respect de la vie privée

Compte tenu des informations personnelles que contient une décision de justice, ce nouveau champ des possibles doit être encadré. Il convient notamment de trouver un équilibre entre l'intérêt légitime de la diffusion des informations contenues dans les décisions de justice rendues disponibles en open data et le droit au respect de la vie privée et à la protection des

La capacité des moteurs de recherche impose la recherche de cet équilibre. Il est désormais possible d'effectuer une recherche en texte intégral, sur tous les sites et quel que soit le format de diffusion des données.

Dans ces conditions, un employeur pourrait par exemple aisément rechercher sur internet des éléments sur un candidat à une embauche : précédents contentieux avec d'autres employeurs, données sur sa vie privée ressortant par exemple d'un contentieux en droit de la famille...

Les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne et par la Cour européenne des droits l'homme sont publiés avec la citation in extenso du nom du requérant, sauf s'il existe des raisons légitimes de tenir confidentiels l'identité d'une personne ou le contenu de la décision, si le requérant le demande ou si la décision nationale est elle-même anonymisée.

La situation actuelle en France est régie par la délibération de la CNIL du 29 novembre 2001. La Commission avait alors réalisé une distinction entre les données figurant « sans filtre » sur l'Internet et les données payantes éditées par des sociétés. Le nom et l'adresse des parties ou témoins ne devaient pas demeurer dans les décisions éditées sur des bases de données librement accessibles. Concernant les bases de données accessibles moyennant paiement, seule la mention de l'adresse des particuliers devait être retirée.

Ces principes sont appelés à évoluer au regard de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique : compte tenu de la massification des informations qui seront disponibles, l'article 21 prévoit que les décisions sont mises à la disposition du public dans le respect de la vie privée des personnes concernées et que cette mise à disposition est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes.

Dans certains cas, en dehors même de la mention du nom et de l'adresse, des particuliers sont susceptibles d'être identifiés à partir du nom de la ville qui peut figurer dans la décision et, par exemple, de la profession d'une partie. Il convient donc de proposer des modalités concrètes permettant à la fois de protéger la vie privée et de ne pas vider le principe de publicité de son sens en retirant les éléments utiles à la compréhension de la décision.

L'existence de logiciels perfectionnés pouvant traiter des millions de données permettra des utilisations qui sont actuellement anticipées et débattues dans le cadre de nombreux colloques et réflexions sur la « justice prédictive ». Il sera ainsi possible d'indiquer dans quel sens vont les décisions de justice dans tel type de contentieux, en fonction des données de fait et de droit existant dans un dossier. Le caractère minoritaire de certaines jurisprudences pourra être mis en exergue. Il est à craindre que l'utilisation de ces outils, notamment par les avocats à l'occasion des instances en cours, aboutisse à une unification de la jurisprudence.

Ces logiciels ne seront pas sans intérêt pour les magistrats, leur permettant une meilleure connaissance des décisions prises par leurs collègues, comme c'est déjà le cas grâce aux bases JURICA et JURINET. Mais le traitement industriel utilisé pour réaliser des statistiques, qui seront présentées comme exhaustives, comporte le risque d'opposer une scientificité à la fragilité des décisions humaines dans chaque instance et de pousser ainsi le magistrat à se conformer à la jurisprudence dominante. Il sera dans ces conditions plus difficile d'oser une décision audacieuse et nouvelle : la jurisprudence pourrait alors être fixée dans un présent indépassable, au nom de l'unification du droit, évolution favorisée par la volonté de faire diminuer le « risque » d'aléa, objectif qui innerve actuellement l'ensemble de la fabrication du droit.

Une telle évolution ferait fi à la fois de la nécessité de conserver l'appréciation humaine et individualisée du juge dans les cas qui lui sont soumis et des biais qui pourront exister dans le traitement des données par les logiciels élaborés par des sociétés privées. Ainsi, la méthodologie retenue pour l'analyse des décisions devra sans cesse être questionnée, son caractère scientifique pouvant être contredit aussi bien dans son principe qu'en pratique. Quelles seront les données initiales retenues pour l'explication des décisions analysées? Quelle importance sera attribuée à chacune d'entre elle avant de passer les décisions à la « moulinette » des logiciels de justice prédictive ? En fonction des hypothèses qui seront posées, voire de données initiales tronquées, il sera possible d'influencer les résultats de l'exploitation des décisions dans un contentieux déterminé.

La réponse à cet enjeu réside principalement là-aussi dans les modalités de mise à disposition des décisions auprès du public, rejoignant l'enjeu déjà posé de les rendre intelligibles à tous, sans abandonner aux sociétés privées l'exclusivité de leur exploitation et de leur compréhension.

4. Les risques de mise en cause individuelle de l'impartialité des magistrats

Pour les raisons déjà exposées dans la partie précédente, le risque de mise en cause de l'impartialité des magistrats résulte de la possibilité d'établir des statistiques précises de l'activité de chacun et d'objectiver le sens des décisions, par comparaison avec celles de leurs collègues dans le même contentieux.

C'est dans ce contexte que se pose la question de la suppression du nom des magistrats dans les décisions.

II. Les modalités de la mise à disposition des décisions de justice

1. Par qui et comment la publication doit-elle être assurée ?

La mise à disposition du public de l'intégralité des décisions de justice doit tout à la fois répondre de manière adéquate à l'objectif d'accès au droit pour tous les citoyens, sans rupture d'égalité et intégrer le caractère sensible et spécifique des décisions judiciaires.

Le choix de l'organisme en charge du recueil, de l'anonymisation et de la publication des décisions en cause doit tout d'abord intégrer une exigence essentielle : le respect de l'indépendance de la justice à l'égard du pouvoir exécutif.

Actuellement, la DILA (Direction de l'information légale et administrative) organise la publication de certaines décisions de justice - principalement des décisions de la Cour de cassation - sur le site legifrance.gouv.fr qu'elle gère. Elle n'intervient toutefois qu'au stade de la mise en ligne, la sélection, l'anonymisation et la transmission des décisions relevant de la Cour de cassation.

Il n'y aurait rien d'anodin dans le fait de confier ces missions à un service relevant du Premier ministre et placé sous l'autorité du Secrétaire général du gouvernement et qui traiterait l'ensemble des décisions rendues par les

juridictions judiciaires. Certes, il sera loisible à l'Exécutif, une fois l'ouverture des données acquise, de connaître la jurisprudence d'une juridiction, voire de magistrats individuellement désignés, mais il existe une différence de degré et de nature entre avoir la possibilité de consulter et être chargé de l'exploitation des données.

En l'état des conditions de nomination de l'ensemble des magistrats, dans laquelle l'exécutif intervient par le biais de la Direction des services judiciaires, il n'est pas souhaitable que le recueil et le traitement des décisions soient confiés à un service interne au ministère de la Justice. Ces préventions s'opposent logiquement au choix du Secrétariat général, placé directement sous l'autorité du Garde des Sceaux, pour mettre en œuvre cette mission. C'est très logiquement à la Cour de cassation, qui allie garantie d'indépendance et compétence, que doit revenir cet office. En effet, elle dispose d'une solide expérience en la matière à travers la mise en œuvre de deux bases de données, JURICA (pour les décisions des cours d'appel) et JURINET (pour les décisions de la Cour de cassation et une sélection de décisions de cours d'appel), ainsi que des capacités à identifier et expliquer les mouvements jurisprudentiels. Cet aspect est essentiel : la masse considérable des décisions risque de rendre le droit illisible aux citoyens qui ne pourraient pas distinguer les décisions qui appliquent une jurisprudence constante de celles qui s'en éloignent ni leur importance. Or, moins les données seront rendues lisibles par le service public, plus grande sera la place des structures privées (les « legal techs ») dont l'accès sera, par essence, inégalitaire au regard du coût du service et dicté par des intérêts économiques.

Il n'est pas question, pour le Syndicat de la magistrature, de limiter *l'ouverture des données* à certaines décisions : toutes ont vocation à être rendues publiques. L'enjeu est celui du référencement : indispensable pour que la masse des données soit interprétable par tous, il demeure ambivalent car susceptible de produire des effets uniformisants ou déformants. Le classement qu'implique tout référencement comprend évidemment une forte dimension politique loin d'être anodine dans un contexte où la Cour de cassation revendique un rôle unificateur et de régulation des jurisprudences.

Il serait à cet égard pertinent que les décisions puissent être signalées comme appartenant à une jurisprudence constante ou à l'inverse à un mouvement jurisprudentiel y résistant, passé ou émergent. De manière concrète, des liens devraient être faits entre ces jurisprudences, afin de rendre visibles les unes et les autres. Les commentaires produits par la Cour de cassation devraient également être rendus plus accessibles et reliés aux jurisprudences.

Un tel travail devrait être mis en œuvre par un service de la Cour de cassation mais sous l'égide d'un « comité de rédaction » ouvert, permettant une réflexion sur les critères pertinents pour définir les propriétés du moteur de recherche et du référencement. Une telle instance de concertation se réunirait périodiquement pour identifier les questionnements et les orientations à prendre.

Pour autant, les juridictions auraient un rôle à jouer. La démarche *d'ouverture des données* devrait être l'occasion de faire naître dans les juridictions un véritable débat sur les « politiques » de service. L'objectif n'est pas d'imposer une jurisprudence aux magistrats, dont l'indépendance juridictionnelle doit être garantie, mais bien de discuter de certaines options prises. Les juridictions pourraient ainsi utilement signaler une jurisprudence, « de résistance » par exemple, et dans l'idéal, proposer une analyse juridique de cette jurisprudence à diffuser via l'open data. Evidemment, une telle implication ne sera possible ou même envisageable que si l'institution judiciaire sort de sa situation de pénurie. A ce stade, la soumission des magistrats à un rythme de « production » infernal, dans une situation de manque chronique de moyens, de pression du chiffre et d'injonctions conduisant à limiter les garanties (collégialité, recherche juridique, qualité de la motivation) rend malheureusement un tel dispositif largement illusoire.

Par ailleurs, la transmission des décisions numérisées ne devra pas occasionner un surcroît de travail, une passerelle technique devant être assurée entre les logiciels existants et celui de la Cour de cassation. La transmission devra se faire directement au service dédié de la Cour de cassation, en toute logique le SDER (Service de documentation, des études et du rapport), sans recours à la voie hiérarchique pour les juridictions de premier ressort.

Une préoccupation supplémentaire demeure : il ne saurait être question, sous prétexte de recueil et de traitement des décisions de justice, d'imposer une trame unique ou rigide de rédaction des décisions. Il y a certes des normes à fixer, notamment sur la mise en page, ou les mesures propres à assurer une certaine uniformité (sur le format du nom des parties par exemple), afin de faciliter l'anonymisation et la lecture, mais toute tentative d'uniformisation du fond devra être combattue. Cette injonction à la modélisation est au demeurant déjà à l'œuvre, sous la pression plus ou moins grande de la hiérarchie judiciaire qui voit dans l'usage de trames, non pas une dégradation du service rendu mais l'assurance d'une plus grande productivité judiciaire, statistiquement rentable.

2. La question de la suppression du nom des justiciables

Le texte l'impose de manière claire de même que la prévention contre toute possibilité de ré-identification dont les risques ont été rappelés. La protection des personnes privées a été clairement arrêtée, suivant les recommandations formulées par la CNIL dès 2001, qui rappelait que, si l'identité des personnes n'était pas cachée, les règles relatives au traitement automatisé s'appliqueraient (dont le droit d'opposition pour des raisons légitimes), et qui alertait sur le risque de conservation des données pour un temps infini.

Les précautions minimales en matière d'anonymisation commandent de ne pas mentionner ni le nom, ni les adresses des parties privées. C'est par exemple la pratique pour les arrêts de la Cour de cassation qui sont publiés sur le site legifrance.gouv.fr, accessible à tous. Toutefois, l'intégration des décisions de première instance aux données de jurisprudence publiées rend l'anonymisation de plus en plus complexe. En effet, ces décisions contiennent de très nombreux éléments d'informations personnelles, pertinentes pour la résolution du litige ou l'intégration de la décision dans son contexte socio-économique, qui risquent de permettre une identification des parties.

Les éditeurs juridiques - qui ne se résumeront bientôt plus aux éditeurs de droit historiques mais incluront également les legal techs - revendiquent un accès non anonymisé aux données de jurisprudence, accès qui paraît en effet nécessaire pour en assurer une analyse pertinente. Toutefois, s'agira-t-il de donner un accès non anonymisé pour l'usage interne et un accès aux décisions anonymisées pour la publication ? Avec quelles garanties : qui pourrait avoir accès aux décisions non anonymisées, hors les professionnels du droit, auxiliaires de justice, universitaires ? Comment empêcher une exploitation par ces sociétés des données ainsi recueillies, d'autant plus dans un contexte où le périmètre des éditeurs s'étendra ? Il ne saurait en tout cas être question de déléguer l'anonymisation à des sociétés privées.

Le Syndicat de la magistrature propose que des modalités d'anonymisation différenciées soient envisagées, selon la sensibilité du contentieux. Une anonymisation faible (concernant les seuls nom et adresse, incluant la ville le cas échéant) pourrait être suffisante pour des contentieux classiques de droit civil. A l'inverse, une liste - non exhaustive à ce stade - de contentieux sensibles pourrait comprendre le contentieux familial, le contentieux individuel du travail, le contentieux pénal, le contentieux du logement, du surendettement, des hospitalisations sous contraintes. Il faudrait alors pouvoir analyser plus spécifiquement les catégories d'informations susceptibles d'être retirées, afin d'éviter une ré-identification.

Il ne paraît pas souhaitable de modifier, uniquement dans la perspective de l'ouverture des données, les règles de publicité des débats qui visent notamment à placer la justice sous le regard des citoyens, à l'exception de certains contentieux pour lesquels des règles de protection spécifiques existent déjà (à raison de la minorité par exemple). A titre d'exemple, il est important dans une démocratie que le contentieux des hospitalisations sous contrainte donne lieu à des décisions publiques, permettant d'analyser les pratiques préfectorales, médicales et judiciaires dans un domaine où les atteintes aux libertés sont majeures.

Enfin, la préservation du droit à l'information commande de ne pas appliquer de mesures d'anonymisation aux personnes morales. L'intérêt de l'open data réside ainsi notamment dans la possibilité d'identifier les procédures qui ont pu être menées par ou contre tel grand groupe de sociétés, notamment avec l'extension des possibilités d'action de groupe. La question se pose des personnes morales « unipersonnelles » : faut-il estimer que la non anonymisation découle des responsabilités résultant de la personnalité morale ou considérer qu'il s'agirait d'une mesure disproportionnée ?

3. La question de la suppression du nom des magistrats dans les décisions publiées

Cette anonymisation se heurterait au principe de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration. »

Par ailleurs, le nom des juges est bien une donnée pertinente. Comme l'écrit Sean Van Raepenbush, alors président du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (*Vers une anonymisation des décisions de justice ? L'exemple du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, Revue internationale de droit des données et du numérique Vol. 1, 2015), « la mention du nom des acteurs publics qui sont intervenus dans la décision (le nom des juges et de l'avocat général en l'occurrence) contribue à se prémunir contre l'arbitraire ».

Le principe de publicité du nom des juges contribue ainsi à donner son entière application au principe de transparence que la CEDH présente comme une garantie du procès équitable.

La crainte invoquée aujourd'hui par certains de voir leur nom mentionné dans le « big data » peut être examinée à la lumière de l'ancien article 485 du code de procédure civile qui jusqu'en 2012 prévoyait qu'en cas de requête

en référé, « si le cas [requérait] célérité, le juge des référés [pouvait] permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés, soit à l'audience, soit à son domicile portes ouvertes ». Il n'était alors pas question pour le juge de se cacher.

Les risques liés à la publication des décisions se réalisent déjà : les juges peuvent faire l'objet d'attaques notamment par voie de presse concernant le sens supposé de leurs décisions, leur réputation est par ailleurs susceptible d'avoir des conséquences dans l'attribution des dossiers par leurs chefs de juridiction ou dans leurs nominations par la Chancellerie.

Devant l'accroissement de ce risque de mise en cause ad nomen, la réponse ne saurait être de faire reposer l'apparence d'impartialité sur une limitation drastique de la transparence. Cette défense artificielle du principe d'impartialité - outre qu'elle serait bâtie sur le sacrifice d'un autre principe également important pour le procès équitable - ne résisterait pas dans un contexte où le fonctionnement de la justice est quotidiennement commenté et scruté.

En revanche, cette évolution ne fait que renforcer l'urgence des réformes permettant le respect des principes garantissant réellement et sur le fond l'impartialité et l'apparence d'impartialité de la justice, que le Syndicat de la magistrature réclame depuis longtemps : retour au principe de collégialité des décisions, règles claires, précises et prédéterminées d'attribution des dossiers aux magistrats du siège et du parquet, indépendance de la justice en ne faisant plus - du tout - dépendre leur nomination du pouvoir exécutif.

Par ailleurs, afin de ne pas encourager les recherches par le nom du juge et la mise en cause de son impartialité, il conviendra de ne pas prévoir les noms des juges dans les critères de recherche et de référencement de la base de données éditée par la Cour de cassation. Cela n'empêchera évidemment pas un utilisateur de mettre le nom du juge dans la recherche pas mot clef, ni de faire une recherche à partir de ce critère lorsque les données éditées par la Cour de cassation seront importées dans d'autres bases. Le but n'est donc pas une illusoire impossibilité technique de procéder à la recherche par nom de juge, mais simplement qu'elle ne soit pas symboliquement mise en avant.



Eléments de réflexion du SJA sur l'*open data* Audition du 29 juin 2017 Ministère de la Justice

Vos représentants :

Hélène BRONNENKANT

Marc CLÉMENT

Auteurs : Hélène BRONNENKANT et Marc CLÉMENT

L'entrée de l'intelligence artificielle dans les juridictions administratives et plus précisément dans les cours administratives d'appel s'est fait mal-à-propos par le « scandale » du site Supralegem¹⁸⁰. Le SJA a réagi sur le sujet en publiant un édito dans l'AJDA intitulé « halte au procès d'intention ». Un site internet (ils seront bientôt foison) propose désormais des algorithmes prédictifs pour « anticiper son juge » et classifiait nominativement les juges administratifs en fonction de leur tendance supposée à privilégier le requérant ou l'administration en matière de contentieux des étrangers en droit des étrangers. Comme le disait également l'article « l'indépendance et l'impartialité du juge administratif ont été remises en question publiquement et par voie de presse dans le cadre de l'état d'urgence. » Comme nous l'indiquons encore « Mises dos à dos, ces deux attaques recèlent un paradoxe : d'un côté, on reproche aux quelque 1 300 magistrats d'avoir tous, aussi nombreux qu'ils soient, en commun de privilégier par principe l'administration, et de l'autre, on insinue que la personnalité de chaque président détermine le sens de toutes les décisions de sa chambre et qu'il serait par nature pro ou contre les étrangers, comme il est pro ou contre l'administration. Son parti pris univoque et fondamental serait alors maladroitement maquillé de raisonnement juridique. Le Syndicat de la juridiction administrative (SJA) n'entend pas remettre en cause, de manière générale, l'utilité analytique du traitement statistique des décisions de justice (I). Par contre, il est conscient des dangers d'une mauvaise utilisation de l'outil (II) et plus que réservé sur la mise en place d'un *open data* comportant toutes les décisions rendues en matière de justice administrative (III).

L'intelligence artificielle, un outil potentiellement utile

Marc Clément, magistrat administratif auprès la cour administrative d'appel de Lyon a publié cet article dans la revue Dalloz dont le SJA partage l'essentiel de l'analyse. Nous le citons intégralement, les passages que nous modifions sont en []

« Dès les années 1980, certains, tels que Richard Susskind au Royaume-Uni, prédisaient la disparition des juristes au profit des ordinateurs.

Pourquoi ce renouveau de l'intelligence artificielle dans le domaine du droit ?

Les approches technologiques des débuts essayaient de mimer un raisonnement logique juridique supposé être fondé sur le syllogisme (P. Leith, *The rise and fall of the legal expert system, European Journal of Law and Technology*, vol. 1, Issue 1, 2010), ce qui semblait parfaitement clonable dans la mémoire de « systèmes experts ». C'était sans compter avec la complexité et la fluidité du raisonnement juridique qui, sous une apparence mécaniste, cache en réalité une grande flexibilité et un peu d'approximation. [Le SJA pense en réalité qu'il s'agit d'indispensables possibilités d'adaptation du droit aux circonstances particulières de chaque espèce]. L'échec de cette approche pouvait faire croire aux juristes des années 1990 qu'ils étaient à l'abri de cette menace. Mais l'apparition de nouveaux outils, tels que Ross (IBM) adopté par certains cabinets d'avocats, modifie le paysage. Ces logiciels se proposent de fournir des recherches juridiques intelligentes et s'inscrivent dans un mouvement général où l'informatique cherche à automatiser des travaux intellectuels allant de la rédaction de dépêches de presse à des tâches d'analyse financière. Il ne s'agit plus de modéliser un raisonnement abstrait mais de tirer parti des énormes quantités d'informations disponibles. Et sur ce point, le droit fournit de nouveau un terrain propice.

180/ Pour une critique plus technique de ce site internet, voir Marc Clément, la justice 2.0, article en annexe.

Quel est l'impact potentiel de ces nouveaux outils ?

La question est complexe car il existe un écart substantiel entre la réalité technologique et les annonces ou les représentations que l'on peut se faire de machines destinées à se substituer aux tâches réalisées par les juristes. De fait, il convient d'être prudent sur les capacités réelles de ces outils à supplanter les juristes. Mais il est clair que la combinaison du développement, depuis quinze ans, de grandes bases de données juridiques et d'énormes capacités de traitement par des machines offre de nouvelles possibilités techniques évidentes. Il est important de noter que ces possibilités techniques s'inscrivent moins dans une rupture technologique que dans le prolongement de la mise en place de ces bases de données et des moteurs de recherche associés. C'est ce qui en fait la force. On peut considérer qu'aujourd'hui, on atteint une limite dans les possibilités artisanales de traitement de l'information juridique. Le fait de pouvoir accéder à l'information brute (textes de lois et jugements) a bouleversé le travail des avocats et des juges avec la sensation de disposer d'une bibliothèque juridique sans précédent. Mais la sélection de décisions avec quelques mots-clés fournit aujourd'hui un nombre tel de références qu'il convient de circonscrire les recherches. **Or un filtrage, parfois sauvage, n'offre aucune garantie de ne pas laisser passer des pans entiers de questions juridiques cruciales.**

Nous n'avons pas encore pris toute la mesure de cette évolution. En réalité, l'informatisation des fonctions juridiques s'est jusqu'à présent greffée sur le paradigme de la recherche documentaire telle qu'elle était faite dans les bibliothèques. Nous devons donc passer à une nouvelle étape et reconnaître que notre approche de l'exploitation des données juridiques doit évoluer radicalement.

[Et dans ce cadre, nous y reviendrons, l'*open data* peut être un outil de travail partagé par l'ensemble des acteurs de la justice. En revanche, il n'est, ni raisonnable, ni souhaitable d'envisager que l'utilisation des bases de données supplée le magistrat, comme l'avocat d'ailleurs].

L'intelligence artificielle transformera-t-elle le travail du juge ?

Dans l'approche artisanale qui a prévalu jusqu'ici, chaque juge développait ses propres méthodes pour identifier les brins du raisonnement juridique nécessaires à la résolution d'une affaire. Il pouvait s'appuyer sur des outils tels que des tables analytiques, des sélections de jurisprudence ou des articles, voire des bases de données personnelles constituées au fil des expériences professionnelles. Ces outils étaient diversifiés et, surtout, émanaient clairement d'auteurs eux-mêmes juristes. Le passage à l'exploration directe de bases de données complètes de jurisprudence a déjà réduit considérablement la part de ces médiateurs. Cependant, même si les moteurs de recherche sont loin d'être neutres dans la sélection des données qu'ils opèrent, on pouvait encore conserver une certaine illusion de maîtrise de cette phase exploratoire. Ce sera nettement plus complexe à l'avenir avec des outils dont l'« intelligence » va directement affecter le traitement de l'information : l'« intelligence » consiste ici à opérer des choix dans l'analyse documentaire afin de filtrer les éléments les plus pertinents. Or il n'existe pas une méthode universellement admise pour faire ce travail.

Il sera donc capital que les modes de raisonnement inscrits dans les algorithmes soient parfaitement explicites et maîtrisés [maîtrisables] par le juge. Il conviendra, de plus, que des méthodes alternatives soient proposées et que l'on ne se retrouve pas en situation de monopole avec une seule technologie utilisable. Les enjeux sont considérables et il est grand temps que les professionnels du droit s'impliquent beaucoup plus dans ces questions. »

II. Existe-t-il des limites à la justice prédictive en droit administratif français ?

Sans négliger, ainsi qu'il vient d'être souligné l'intérêt que peuvent avoir de tels outils, par exemple en termes de démultiplication de l'efficacité de la recherche documentaire, il est vain d'espérer qu'un programme puisse « prédire » l'action du juge ; indépendamment des aspects éthiques de la dépossession du juge « humain » de son office, il ne faut pas négliger le fait qu'en dépit de la culture du précédent, propre au droit administratif français¹⁸¹, le caractère très mouvant de la législation et l'effort permanent d'adaptation au passé que nous opérons au regard de l'état du droit existant ne permet pas une telle certitude fondée sur la récurrence des solutions passées.

181/ Pour une étude plus généraliste sur ce thème voir l'article récent de Romain Boucq, en PJ 2.

En outre, le droit administratif est truffé de « standards juridiques », concept développé par S. Rials en 1978 qui lui a consacré sa thèse intitulée : « le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité) ». L'image d'Epinal du standard étant la notion civiliste de « bon père de famille ». Le standard est souvent présenté comme permettant, par son imprécision, de laisser cohabiter des visions divergentes, ainsi que de laisser le fait prédominer sur le droit. Il est ainsi conçu comme une des techniques à privilégier pour l'articulation des droits dans un monde juridique globalisé¹⁸². Or le standard au sens juridique et le standard au sens commun ne sont pas identiques. Le mouvement est en fait inverse : le standard juridique permet d'adapter tout raisonnement à la diversité des faits de l'espèce, alors que le standard au sens commun va entraîner au contraire l'uniformisation et la disparition de la diversité des faits. Bien plus importante dans cette présentation **est l'idée que le standard, dans la mesure où il implique nécessairement un recours à la normalité, appelle intrinsèquement à un jugement de valeur. Or un jugement de valeur implique nécessairement le recours à une certaine morale ou à d'autres champs disciplinaires comme la sociologie¹⁸³, l'histoire ou la science administrative.**

En droit administratif on peut citer parmi beaucoup d'autres la notion de propriétaire diligent en matière de défiscalisation (Pinel, De Robien, etc. . .) ou de requérant « vertueux »¹⁸⁴ en matière de droit des étrangers. Des paramètres para-juridiques sont ainsi pris en compte dans les jugements et font l'objet de débats dans le secret des délibérés.

Prenons encore l'exemple de l'abus de droit, si toutes les conditions prévues par le législateur de l'optimisation fiscale sont respectés, il est prévu ce cas où l'intention prime le droit positif si celle-ci est d'éluider l'impôt. Par exemple, peuvent être comprises dans les bénéficiaires imposables d'un exorciste-guérisseur les sommes portées au crédit du compte bancaire d'une association fictive. Constitue en effet un abus de droit la création d'une association dirigée exclusivement par le contribuable, qui signait seul les délibérations et détenait, seul, la signature des comptes bancaires, et dont l'activité consistait en réalité à prendre en charge les dépenses d'investissement et de fonctionnement exposées par le requérant pour son propre compte et à recueillir une partie des sommes résultant de l'activité personnelle de ce dernier¹⁸⁵.

Et dans un sens opposé l'abus de droit rampant existe¹⁸⁶; Lorsque l'administration se place implicitement sur le terrain de l'abus de droit, sans indiquer expressément au contribuable, avant la mise en recouvrement de l'imposition, que le redressement a pour fondement l'article L. 64 du LPF, l'intéressé est privé de la garantie tenant à la faculté de provoquer la saisine du comité de l'abus de droit. Il y a lieu, par conséquent, de prononcer la décharge des redressements fondés sur l'opération litigieuse sans examen du bien-fondé de la position de l'administration¹⁸⁷.

Il n'apparaît pas, a priori qu'un algorithme puisse opérer un tel jugement de valeur ou une appréciation des faits au cas d'espèce. L'absence de conscience, d'inconscient et de subconscient de l'intelligence artificielle exigent de rester très prudents dans l'utilisation des algorithmes¹⁸⁸.

Si l'introduction de la « justice prédictive » doit se faire, elle ne pourra que se faire en douceur dans un rythme adapté à la mesure des problèmes nombreux posés par ces techniques et par la capacité de maîtriser ces changements pour l'ensemble de la communauté juridictionnelle.

Il faut insister sur le fait que si on envisage une « justice prédictive » qui permettrait de sortir la décision à partir des faits et des textes, un tel système n'est aujourd'hui par à la portée de la main pour les raisons que nous avons exposées précédemment. Mais nous ne sommes pas dans un monde dans lequel on serait confronté à une alternative : soit une automatisation complète de la justice, soit une approche traditionnelle. Il faut plutôt envisager des niveaux d'automatisation, à l'instar de ce qui est proposé pour le véhicule autonome. Afin d'illustrer cette approche, nous proposons de schématiser cette évolution de la façon suivante :

Niveau 1 : utilisation massive des bases de données. Ce niveau 1 correspond à l'évolution de notre métier depuis 15 ans par le truchement de la base de données Ariane en juridiction. Nous avons donc atteint ce niveau 1 aujourd'hui.

Niveau 2 : Des analyses sur les bases de données un peu plus sophistiquées comme par exemple des analyses des liens entre les décisions qui forment la jurisprudence (voir le site de Marc Clément www.lawdataworkshop.eu) ou encore les analyses de type Ross (IBM Watson). On peut considérer que ce niveau de développement est aujourd'hui envisageable. Il présente l'intérêt de permettre de mieux naviguer dans des ressources juridiques considérables (voir l'article de M. Genesereth de l'Université de Stanford « Computational Law, the Cop in the Backseat » <https://law.stanford.edu/publications/computational-law-the-cop-in-the-backseat/>).

182/ Voir Hélène Bronnenkant, le standard du procès équitable, mémoire de recherche.

183/ « Jean Carbonnier (1908-2003) », *L'Année sociologique*, 2003/1 (Vol. 53), p. 289-292. DOI : 10.3917/anso.031.0289. URL : <http://www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2003-1-page-289.htm>, PJ 4.

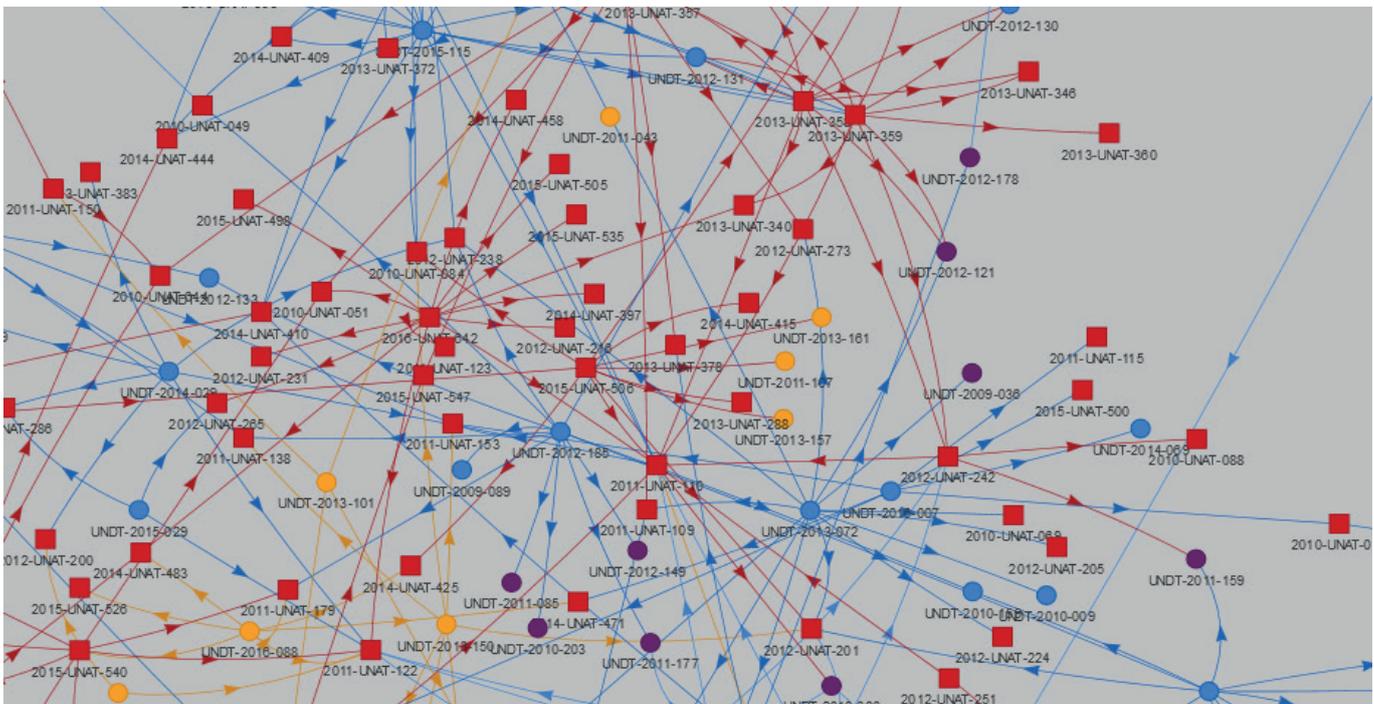
184/ Voir conclusions Frédéric Lenica, sous l'arrêt Samir Boureghdad, n° 327282, du 24 juillet 2009, PJ 3.

185/ CE 23 octobre 1989 n° 87266, 8e et 9e s.-s., Main : RJF 12/89 n° 1348 ; BOI-BNC-CHAMP-10-30-10 n° 240, 12 septembre 2012.

186/ CE, 21 juillet 1989, Bendjador, 59970 ; CE, 8 janvier 1997, SA Papeteries de l'Atlantique, 128595 ; CE, 26 juin 1992, société d'étude et de réalisation de Port Deauville, 73462).

187/ CE, 27 juillet 2009, Faillette, 306998, CAA Nancy 21 décembre 2000 n° 96-2140 2e ch., min. c/ Behr : RJF 1/02 n° 72 ; CAA Lyon 2 mars 2006 n° 01-1962, 2e ch., Covarel : RJF 8-9/06 n° 1074.

188/ Voir par exemple, L'intelligence artificielle en échec, revue « Sciences psy », n°10, juin 2017 page 113.



Exemple du réseau des décisions des tribunaux administratifs des Nations Unies et du tribunal d'appel (source www.lawdataworkshop.eu, requête « compensation AND Vacancy »)

Niveau 3 : Une sélection automatique des jurisprudences pertinentes à partir d'un problème posé ou par classe de problèmes à partir d'une description succincte du cas à traiter.

Niveau 4 : Des propositions de raisonnements alternatifs. En complément du niveau précédent, il s'agit de proposer des scénarios de résolution de problèmes.

Niveau 5 : Une décision automatisée

Chacun de ces niveaux pose des questions sérieuses d'appropriation des outils par le juge : la question n'a pas été réellement abordée pour le niveau 1 alors même que le travail du juge est déjà profondément modifié par rapport à ce qu'il était il y a seulement 15 années. Des niveaux d'automatisation plus élevés modifient le travail du juge en profondeur.

Mais ces outils ne seront pas des outils réservés aux seuls juges : de fait, aujourd'hui ils sont principalement développés à destination des avocats. Il sera difficile de ne pas disposer du même niveau d'outils pour les juges. C'est pourquoi la question de l'*open data* a bien pour effet potentiellement d'influencer le travail des juridictions.

III. Les dangers d'une mauvaise utilisation de l'*open data* :

• L'atteinte au droit au respect de la vie privée

• *L'anonymat des juges et le risque de récusation tous azimuts*

Les juridictions de Province en sont témoins, le monde du droit est un petit monde. Jumelée avec l'existence des réseaux sociaux, l'*open data* peut créer un cocktail détonnant et entraîner des récusations à la chaîne dès la publication des rôles d'audience.

La prudence est donc de mise pour éviter que des juridictions entières soient récusées pour cause de suspicion légitime. Rappelons brièvement l'adage de Jean Carbonnier selon lequel un bon jugement est celui dans lequel une seule des deux parties repart malheureuse.

• *L'anonymat des requérants*

Le Conseil d'État travaille sur la généralisation d'un logiciel automatique d'anonymisation qui permettrait d'éviter toute possibilité de ré-identification mais le process n'est, à notre connaissance, pas encore abouti et loin de l'être.

L'anonymisation ne sera jamais complète, les jugements et arrêts sont en effet de plus en plus détaillés (une réforme de la rédaction est en cours au sein des juridictions administrative dans le sens d'une plus grande motivation), ce qui nuira au respect au droit à la vie privée (y inclus dans sa dimension professionnelle). On peut prendre pour exemple celui d'une assistance maternelle à qui on retire temporairement son agrément dans un village de petite taille. Elle sera vite reconnue et cela nuira à ses chances de retrouver son agrément et une clientèle. A cet égard, on se souviendra qu'il y a une quarantaine d'année la gazette du Palais avait été condamnée pour avoir publié le jugement de divorce du coiffeur d'un village qui a été reconnu par les détails factuels du jugement.

L'*open data* comporte ainsi des risques de générer des procès sur les procès, entre deux parties dont l'une invoquera son droit au respect de la vie privée et l'autre le droit à la liberté d'expression. N'oublions pas que ce contentieux est déjà très important en droit civil et devant la CourEDH.

• Le cas particulier de la Cour nationale du droit d'asile

Encore plus que devant les juridictions administratives de droit commun, la CNDA n'est en principe pas concernée par l'*open data* (au contraire des juridictions de droit commun) et il est important qu'elle ne le soit pas tant que les questions d'anonymisation, qui en matière d'asile vont bien au-delà de la seule disparition du nom du requérant, ne sont pas pleinement résolues. En effet, la protection liées aux articles 2 et 3 de la ConvEDH sont en jeux : il est en effet difficilement envisageable que les décisions concernant les demandeurs d'asile puissent figurer en *open data* accessible à tous car cela augmenterait le risque de représailles à leur égard.

• Le droit à l'oubli

Le droit à l'oubli sera également fortement impacté. En effet, combien de temps subsisteront les jugements sanctionnant les fraudeurs fiscaux, les médecins ou autres professions médicales condamnés par des chambres de discipline... Cela peut conduire, selon le SJA à envisager « un nettoyage » périodique des décisions de justice qui ne présentent pas d'intérêt juridique particulier, ou à envisager le cas échéant, l'utilisation d'abstracts permettant de préserver la vie privée des parties, laquelle peut effectivement être devinée à partir d'éléments de fait évoqués dans la décision. Dans le cas inverse nous sommes tous des Caroline Von Hannover ou des Johnny Hallyday en puissance !

Pour conclure si le droit administratif présente des spécificités, notamment eu égard à la règle du précédent qui y est très importante et le rapproche dans une certaine mesure du système de *common law*, il s'en différencie nettement par le fait que chaque cas est traité individuellement sans préjugement de l'affaire selon les règles qu'a excellemment décrites Bruno Latour dans son ouvrage de référence, *La fabrique du droit*, une ethnographie du Conseil d'État. L'*open data* et la justice prédictive ne peuvent voir jour sans que l'humain reste au centre du système.

Annexe 1 : Article de Marc CLÉMENT

Le site Supralegem propose un outil permettant selon ses auteurs de fournir la «puissance de l'intelligence artificielle au service du juriste» et d'appliquer des algorithmes prédictifs à l'ensemble de la jurisprudence du Conseil d'État et des Cours administratives d'appel. Cela lui permet d'affirmer qu'il est ainsi possible de déterminer les chances de succès d'une requête en fonction de la matière et du président de la formation de jugement.

L'invocation de l'intelligence artificielle dans une telle entreprise est assurément emphatique et pour tout dire, peu honnête. D'une part, d'un point de vue technique, il s'agit principalement d'utiliser la structure de la base de jurisprudence fournie librement depuis septembre 2015 (pour les spécialistes, notamment la structure xml avec les champs associés). La pertinence de l'approche est plus que contestable s'il s'agit d'imaginer en tirer des prédictions. Tout d'abord, rien n'assure que les échantillons retenus soient homogènes et que les populations auxquelles on applique des outils statistiques soient représentatives. Mais surtout, on fait l'impasse sur la circonstance que les jugements sont collégiaux et ne relèvent pas du seul président. Plus généralement on oublie que chaque cas est dépendant à la fois de l'autorité ayant pris la décision attaquée et du travail effectué par l'avocat. Supposer que ni la décision attaquée dans ce qu'elle a de singulier, ni le talent de l'avocat n'ont d'effet sur le sens de la décision rendue par le juge fait assurément injure à tous les acteurs.

L'intelligence même artificielle mérite mieux.

Cette affaire a cependant le mérite de souligner que nous entrons probablement dans un nouvel âge de l'intégration des outils informatiques dans le travail des juristes.

Depuis le début des années 2000, les bases de données de jurisprudence ont considérablement modifié le travail des avocats et des juges. La faculté de disposer de l'ensemble des décisions rendues aussi bien par les juridictions françaises que par la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des Droits de l'Homme a représenté un bouleversement radical pour les juristes. On peut aujourd'hui, instantanément, de chez soi, sans avoir à passer de longs moments à consulter des ouvrages difficiles d'accès, disposer du texte intégral des décisions faisant application de l'article d'une loi ou d'une directive.

Cependant, 15 années de jurisprudence accumulée dans les bases de données rendent paradoxalement la recherche plus compliquée. Il faut faire des choix de mots clés judiciaires pour restreindre à un nombre lisible d'arrêts les résultats obtenus. Mais est-on certain qu'en modifiant légèrement les termes choisis, on n'obtienne pas une toute autre image de la jurisprudence ? Est-on certain que le raisonnement de l'arrêt présenté par la machine n'a pas été invalidé postérieurement ? Il y a donc une certaine fragilité à naviguer dans cette profusion de textes sans boussole puisqu'on peut très bien ne pas identifier les éléments les plus pertinents pour résoudre une affaire.

Mais précisément les recherches abondantes développées sur l'analyse des textes par l'intelligence artificielle pourraient apporter des solutions : un jugement est un texte très structuré et le raisonnement logique s'appuie sur une forme de syllogisme. De ce fait, plus encore que dans des domaines tel que le journalisme (voir par exemple le logiciel Quill développé par Narrative Science), la puissance de algorithmes devrait permettre aux machines de ne pas traiter - comme c'est le cas actuellement - un jugement comme ensemble de mots indépendants les uns des autres mais au contraire comme un ensemble structuré. Il serait ainsi possible pour la machine de dégager un embryon de sens et de faire les liens entre les arrêts. A titre d'illustration, on pourrait par exemple imaginer regrouper les jugements faisant application d'une même jurisprudence et ainsi remonter à la source du principe appliqué. On peut aussi penser qu'à plus long terme, on puisse tester un raisonnement juridique au regard de l'ensemble de la jurisprudence : la machine permettrait ainsi de se rapprocher de la figure herculéenne du juge capable d'embrasser l'ensemble de la jurisprudence pour s'assurer de la cohérence d'un raisonnement telle que Dworkin en présentait l'idéal.

Ces développements sont techniquement atteignables à court terme. De même que plus personne n'envisage de faire du droit sans accès aux bases de données, ces logiciels d'analyse deviendront rapidement indispensables à tout juriste. Mais l'introduction d'outils d'aide à la recherche transfèrent sur la machine une part importante de l'analyse juridique. Cela suppose une transparence sur les mécanismes mis en œuvre et une possibilité réelle de prendre le contrôle si nécessaire. Il est donc essentiel que les professions juridiques soient associées à ces développements afin qu'elles puissent s'assurer de la qualité des résultats fournis par la machine et porter un regard critique sur les algorithmes retenus. La mise à disposition de base de données en libre service ne permet plus de rester à l'écart de ce processus.

Plus que des trois lois de la robotique proposées par Asimov pour protéger l'humanité de l'intelligence artificielle, nous avons d'abord besoin de nous assurer que les développeurs de ces outils auront l'honnêteté d'en identifier les limites afin de travailler en bonne harmonie avec la communauté juridique.

Annexe 2 : Article de Romain BOUCQ

Igor était seul dans la cellule bétonnée. Devant lui, l'écran venait de s'éteindre. Il ne lui restait que quelques minutes à patienter avant de connaître sa situation judiciaire définitive. Il était dans cet état intermédiaire qui était intitulé par la procédure pénale « Présomption d'innocence provisoire. » À quelques kilomètres de là, derrière un second écran qui venait de s'éteindre, un avocat expliquait à son stagiaire : « Dans quelques instants, nous aurons l'audience dite « Approbation de décision ». Dans le temps, nous devons plaider devant un juge dans une salle d'audience, expliquer la vie et la personnalité de notre client et vérifier les règles juridiques applicables... C'était vraiment l'âge obscur de la justice. Aujourd'hui, on vérifie que les algorithmes fonctionnent correctement. Mon logiciel *Edefense-client* va étudier la fiche informatisée pénale de mon client remplie par la police. On compare le résultat avec celui de la décision obtenue avec le logiciel *All-Justice* du ministère de la Justice : en cas de différence, on prend contact avec un magistrat pour discuter de l'affaire. Sinon, on valide le traitement automatisé et notre client reçoit directement la notification de la décision sur son écran. On n'est mis en relation que s'il désire faire appel. » Le stagiaire prenait des notes consciencieusement.

« Le client a volé parce qu'il avait faim. C'est noté dans le dossier de procédure pénale, mais l'intention n'a pas été reprise dans la fiche informatisée pénale : c'est un vice de procédure, non ? » L'avocat se tourna vers le stagiaire et éclata de rire. « Si ça pouvait avoir une influence sur la décision finale, on devrait le signaler. Que tu coches ou non la case « État de nécessité », dans tous les cas, regarde, la décision reste la même. Ce n'est donc pas une erreur de procédure. Ça ne justifie absolument pas de saisir le juge pour une brouille pareille... La faim ne caractérise pas un état de nécessité. Regarde les statistiques des décisions en la matière. » Un graphique apparut indiquant des taux de 0 % pour les infractions de « vol » où étaient indiqués « moyens de défense » : « état de nécessité » (faim, chantage, pression d'un tiers), « chose sans maître », « autres moyens : vente de la chose d'autrui (complicité de recel), nullité du contrat de vente, échange (défaut de preuve), donation (défaut de preuve), paiement en espèces (défaut de preuve). »

La scène racontée correspond très exactement au cauchemar qu'anticipent nombre de praticiens du droit. Aujourd'hui, par un effet de mode semblable à celui de l'américanisation du droit il y a une quinzaine d'années, la « justice prédictive » déboule à l'avant-scène des futures pratiques juridiques. Qu'est-ce donc ? La « justice prédictive » est un outil informatique, reposant sur une base de données jurisprudentielles, qui, à l'aide d'algorithmes de tri et (pour les plus perfectionnés) de « réseaux neuronaux », va permettre d'anticiper quelles seront les statistiques de succès de tel ou tel argument juridique. Il s'agit du moins des ambitions affichées de ce type d'outils.

La question qui se pose à tous est celle de savoir si ce nouvel instrument va modifier nos pratiques, faire disparaître des tâches de certains métiers, si ce n'est ces derniers eux-mêmes, ou encore s'il ne faut pas apprendre, dès aujourd'hui, à travailler et à penser le droit en fonction de leur utilisation. Certains avocats testent ces « nouveaux » produits. Bientôt ce sont des magistrats qui les auront à disposition... Cette justice prédictive sera-t-elle capable de répondre aux promesses faites à leurs utilisateurs ? Si oui, quelles en seront les incidences pratiques ?

Avant d'aborder les questions de fond, il est important de savoir que cette justice prédictive provient du monde anglo-saxon. Sans être un comparatiste émérite, chacun sait que les distinctions entre le système de *Common Law* et nos systèmes de droit civiliste sont légion. Le *Common Law* est un système jurisprudentiel reposant sur des actions procédurales, que l'on nomme « *remedy* » et dont le nombre est limité, respectant un certain nombre de critères¹. Il est important de rappeler que l'absence de droit écrit a contraint le système juridique de *Common Law* à se stabiliser en adoptant une règle qui est celle du « précédent » (« *rule of precedent* »). Résumons-la ainsi : « une décision de justice ne doit pas contredire une plus ancienne. » Cette dernière s'applique de manière extrêmement précise et respecte la hiérarchie des juridictions pour organiser ce qui pourrait passer, pour un juriste de droit civiliste, comme un chaos de décisions de justice. Ainsi, les juridictions de *Common Law* sont liées par toute décision de justice antérieure ayant tranché un cas similaire par une juridiction supérieure ou de même niveau dans l'ordre judiciaire. S'il existe une différence notable dans les faits de l'affaire, susceptible de modifier le sens de la décision, le juge est alors autorisé à faire « la distinction ».

Le juriste, common lawyer, passe donc un temps relativement long à chercher des décisions de justice. Le Saint Graal, une fois déniché, ne sert plus qu'à poser des bases de négociation d'une solution non judiciaire... Solution d'autant plus simple à trouver que la détermination des dommages-intérêts est extrêmement bien encadrée par la jurisprudence en *Common Law*². Contrairement à une idée reçue chez la plupart des juristes des systèmes civilistes, le *Common Law* est bien plus prévisible que ce que nous rencontrons dans nos propres tribunaux. Par ailleurs, outre les caractéristiques de ce système de droit étranger, les jugements sont extrêmement compréhensibles.

1/ G. Samuel, *A short introduction to the Common Law*, EE 2016.

2/ G. Treitel, *Remedies for breach of contracts*, Oxford University Press, 1988.

La motivation des arrêts est parfaitement détaillée. Impossible de pouvoir passer à côté du sens d'une décision. L'ensemble de ces éléments réunis, allié à la nécessité de trouver la jurisprudence idoine, ont rendu possible l'émergence des outils d'aide à la décision en matière juridique³.

Cette expérience est-elle transposable à nos systèmes juridiques dit « civilistes » ? La question suppose de répondre à deux problématiques : notre droit est-il systématisable dans la même mesure que le *Common Law* ? L'informatique – ou l'informaticien – est-il capable de faire exécuter un raisonnement juridique à un logiciel en utilisant nos règles de droit ?

Depuis le début du XIX^e siècle, l'apprentissage du droit et la manière de le penser a profondément évolué. Le culte de la loi, exacerbé dans l'école de l'exégèse, a laissé le sentiment d'une complétude du droit civiliste. La structuration apportée par le positivisme de Kelsen a renforcé cette idée. De plus, l'introduction de concepts (tel que le patrimoine) ont permis de compléter le système juridique en le façonnant sous une forme conceptuelle qui n'a plus évolué, sur le plan de la méthode, depuis cette période. La rigueur dans le vocabulaire utilisé, l'utilisation de définitions de plus en plus strictes pour désigner les concepts et l'articulation de raisonnements utilisant les ressorts traditionnels de la logique ont pu donner l'illusion d'une « science juridique. »

Pourtant, si ce n'est pas une « science » au sens épistémologique du terme, le droit présente un ensemble de caractéristiques qui, dans sa théorie, pourrait être comparé assez facilement à un système logique axiomatique⁴. En effet, un système axiomatique se construit à partir de quelques définitions et de règles logiques qui permettent de créer l'ensemble des éléments de ce système ou de vérifier la validité de propositions à l'intérieur de ce dernier. Ainsi, l'ensemble des entiers naturels peut être recréé à partir des axiomes de Peano⁵. De même, on imagine assez simplement que le droit pourrait être « reconstitué » à partir de concepts fondamentaux (personne, chose, patrimoine, les droits...) et de règles logiques (hiérarchie des normes...). Toutefois, lorsque la pratique judiciaire vient rencontrer la théorie juridique telle qu'on a pu l'étudier à l'université ou dans des écoles de droit, les déconvenues attendent le puriste... Ainsi, alors que je défendais une personne soupçonnée d'abus de confiance et que j'informais le procureur de la République que j'allais plaider la relaxe, les conditions de l'infraction n'étant pas réunies, ce dernier me répondit : « Regardez bien où vous êtes : le tribunal correctionnel. Vous pensez peut-être qu'on y fait du droit ? » Mon client fut condamné à 1 000 € d'amende avec sursis : une peine qui n'était finalement ni une relaxe, ni une vraie reconnaissance de culpabilité au regard des sommes en jeu. Ni moi, ni le procureur n'avions raison : la solution choisie par le tribunal était un entre-deux reflétant une décision d'opportunité tenant compte du doute raisonnable du dossier... Personne ne souhaitait faire appel dans ces conditions.

Le droit apparaît comme un système « logique », ce qui est d'ailleurs l'une des spécificités les plus importantes pour la société. En effet, afin d'obliger les citoyens à respecter le « nul n'est censé ignorer la loi », la prévisibilité est l'élément le plus important. L'anticipation des conséquences d'un acte découle de la logique et d'un certain nombre de principes fondamentaux qui s'articulent entre eux. Toutefois, le droit a une vocation politique et sociale qui le distingue, dans sa finalité, d'un système purement logique tel qu'entendu dans les sciences mathématiques.

Dans un système logique, le raisonnement, à partir d'une certaine collection d'éléments, mène à une conclusion unique. Or le droit ayant une vocation à gérer des humains et des rapports humains, il existe une incertitude qui est « l'humanité » (au sens large) comme variable d'ajustement. Ainsi, pour prendre en compte cet état intermédiaire où le magistrat choisit une solution non prévue par les parties au procès, force est de reconnaître qu'un parallèle avec le théorème d'incomplétude de Gödel peut être réalisé⁶. Ce dernier énonce qu'au sein d'un ensemble axiomatique, il existe des énoncés indécidables, c'est-à-dire dont on ne peut ni prouver la véracité, ni les réfuter, avec les règles et les éléments fondamentaux dudit système.

Concrètement, une personne vole de la nourriture et se défend en invoquant l'état de nécessité. Au vu de ce simple énoncé, il n'est pas possible de décider quelle sera la solution du litige. Si l'état de nécessité est bien prévu par le droit, il n'a pas été défini par le législateur – à la différence de ce que voudrait un système axiomatique complet. Dès lors, on va devoir faire appel à des notions extérieures au droit qui tiennent aux conditions actuelles de vie de la personne, à sa personnalité, son attitude générale, son passé, les circonstances de l'infraction mais également le type de nourriture volée, sa valeur, éventuellement le lieu du vol... La démarche du magistrat sera de collecter l'ensemble de ces éléments, fournis par les parties au procès (parquet et avocat du mis en cause) pour décider comment résoudre ce problème de « droit », qui est aussi un problème « humain ». *Clairement, le parallèle avec le théorème de Gödel prend tout son sens dans ce type de situation.* La définition purement juridique du code pénal ne permet donc pas de trancher le litige sur un simple résumé des faits.

Le droit pénal est peut-être l'archétype même de la matière juridique « humaine » par excellence. Les procès d'assises sont, par ailleurs, un exemple où cette « humanité » de la justice s'exprime dans sa plus grande complexité.

3/ <https://www.nytimes.com/2017/05/01/us/politics/sent-to-prison-by-a-softw...>

4/ R. Cori R. et D. Lascar, Logique mathématique, Dunod, 2010.

5/ Cinq axiomes suffisent à créer l'ensemble des entiers naturels.

6/ R. Smullyan, Les théorèmes d'incomplétude de Gödel, Masson, 1993.

Toutefois, on peut également trouver des cas dans des matières où l'humanité semble moins présente comme le droit des obligations. Pourtant, même dans cette matière plus aride et plus « logique », il existe un ensemble de concepts et de règles qui échappent à une systématisation sclérosante.

Sans vouloir multiplier les exemples à outrance, on peut en citer un qui est très révélateur. Il s'agit du concept de « fraude » qui traverse le droit positif français. Ce dernier n'a pas de définition précise. Et pour cause, il s'agit d'un concept qu'on pourrait qualifier de « dynamique » dans la mesure où il n'est perceptible essentiellement que dans un contexte précis, ce qui le rend rebelle à toute taxinomie situationnelle. Il est clair qu'une stricte application du droit positif – parfois souhaitée au nom de la neutralité – peut conduire les personnes engagées dans des relations légales à détourner l'objectif d'une règle juridique pour profiter de ses effets collatéraux. Dans ce cadre, la règle de droit n'étant pas violée, il est paradoxal que le système juridique en neutralise les effets... Et pourtant, fonctionnant comme un véritable anticorps contre lui-même, la protection des intérêts protégés par le droit, par le concept de « fraude », ne peut se réaliser qu'en sortant du système lui-même, c'est-à-dire de sa logique formelle. Le droit ne se laisse pas réduire à un simple instrument, mais apparaît bien, au contraire, comme un outil de régulation sociale. Ainsi, même s'il s'agit de notions différentes, l'abus de droit est un concept rattachable à la notion de fraude en poursuivant ce même objectif. L'application universelle de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, démontre la nécessité de ce type de concept.

On pourrait également illustrer cette idée avec, par exemple, celui où des situations factuelles produisent des effets de droit inattendus ainsi que nous le montre la théorie de l'apparence⁷, ou encore dans le cas de la simulation où les rapports de droit apparents sont dépourvus d'effet par les parties⁸. Toutes ces catégories de concepts particuliers, en ce compris ceux qualifiés de « flous » ou de concept à contenu variable, multiplient les impossibilités, pour le juriste, de systématiser le droit en se détachant de la réalité. Seule l'analyse précise permet de décider si le magistrat pourra trouver « opportun » de les utiliser en faisant la balance des intérêts particuliers et sociaux. La conception positiviste ou non du magistrat pouvant avoir son importance sur son jugement.

Dès lors, il apparaît évident que le « *deep learning* », qui est l'extraction de données tirées de la jurisprudence en vue de la systématisation et l'informatisation du droit, est voué à un échec. En effet, vouloir faire des statistiques sur des décisions de justice qui dépendent autant des éléments du dossier que de la personnalité et la situation des justiciables, ainsi que de leur éventuel comportement en audience, est générateur d'une déformation de l'appréhension du droit. Les statistiques sont représentatives d'une sociologie juridique en fonction d'une période donnée, mais ne reflète pas une « vérité » juridique. Cela n'a de sens que pour éclairer éventuellement le passé, sous un certain angle dont les limites seraient à définir, mais certainement pas pour prédire l'avenir. En effet, que faire de l'ensemble des décisions concernant l'action directe qui a maintenant été incluse et encadrée par les nouvelles règles du droit des contrats ? Comment utiliser le concept de « cause » et l'ensemble de la jurisprudence qui s'y rapporte alors qu'elle a maintenant été écartée par le législateur ? Bien fou l'avocat ou le magistrat qui prend appui sur de tels outils quand on connaît la lenteur avec laquelle se constitue la jurisprudence... que les décisions à rendre contribuent elles-mêmes à forger !

On rétorquera que ce n'est valable que pour les domaines changeants du droit, mais que certaines matières peuvent rester stables de nombreuses années et que le « *deep learning* » intégrera aussi les décisions *contra legem*... L'argument a du sens, mais ne fait pourtant pas mouche. En effet, quelque soit l'affaire, rien ne remplacera l'étude des pièces du dossier et de la situation précise de chaque partie. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée, dès le départ, en évoquant l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est l'expression même de la volonté de ne pas systématiser le droit, c'est-à-dire de ne pas l'« objectiver ». Ce dernier encadre une activité humaine : l'humain doit donc rester le point de départ de tout raisonnement juridique. En utilisant le « *deep learning* », on classe, systématise et généralise les situations humaines en niant la complexité et l'inventivité (parfois malheureuse) des êtres humains.

Pour qu'une telle systématisation, ou taxinomie, soit possible, il faudrait tout d'abord repenser la rédaction des jugements et des arrêts en droit français. Le manque de détails concernant les affaires rend toute tentative de systématisation décalée de toute réalité, et donc dépourvu de tout intérêt pratique. Seuls les sociologues du droit pourront y trouver un objet d'étude et des réponses à leurs interrogations.

Par ailleurs, il existe des éléments procéduraux sur lesquels les statistiques seront toujours fausses. Concernant une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ou une question préjudicielle (QP), lorsqu'elles seraient recevables et validées, on obtiendrait donc 100 % de réussite... mais la nature même de la procédure rend sa possibilité de réitération nulle (0 %).

7/ J. Ghestin et G. Goubeaux, avec M. Fabre-Magnan, Introduction générale, 4^e éd., LGDJ, 1994, n^{os} 838-870.

8/ Il faut distinguer entre l'acte et la volonté réelle des parties. Le consentement faisant défaut, l'article 1128 du code civil ne peut pas donner de validité à l'acte apparent. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, Les effets du contrat, 3^e éd., LGDJ, 2001, n^o 908.

Le moyen de droit soulevé, une fois intégré dans l'édifice juridique, transforme ce dernier en vidant la possibilité de l'examiner à nouveau, sauf dans de rares hypothèses. En examinant les irrecevabilités, on obtiendrait également des résultats qui varieraient fortement, sans qu'on puisse en déduire quoi que ce soit... Les nouvelles réformes procédurales promettent là encore de rendre délicat l'apprentissage des logiciels par « *deep learning* »... Le rôle des juristes restera donc fondamental dans ces domaines où l'inventivité et la vigilance seront toujours indispensables.

Toutefois, il reste quelques pistes à explorer. Un des exemples donnés, pour justifier de l'utilité de ces logiciels, concerne la détermination de l'indemnisation de la rupture des relations commerciales établies. Il est indéniable qu'il existe un gain de temps dans la réalisation de statistiques chiffrées lorsqu'on met en œuvre un certain nombre de paramètres : durée de la relation, chiffre d'affaires moyen, branche d'activité, conséquences sociales... Néanmoins, cela suppose que l'utilisateur a déterminé qu'il s'agissait d'une relation commerciale établie et qu'il y avait une rupture « brutale ». Le travail du juriste reste donc important sur les éléments de base. Enfin, si on obtient bien une fourchette d'indemnisation statistique, quelque soit le préjudice réparé, il ne faut pas perdre de vue que ce dernier doit être individualisé de sorte que les statistiques donnent, encore une fois, une vision tronquée de la réalité. Il faut reconnaître que, s'il existe une quelconque plus-value apportée par ces logiciels, c'est dans ce domaine qu'elle sera plus facilement trouvée.

Au final, que reste-t-il ? L'ensemble des éléments que nous avons analysés montre les nombreuses imperfections auxquelles sont confrontés ces logiciels d'aide à la décision dans leur caractère « prédictif ». Néanmoins, la méthode d'apprentissage du « *deep learning* » est en cause et peut être corrigée par des algorithmes, dans le cadre de ce qu'on appelle les « réseaux neuronaux ». Il y a là une dernière voie à explorer.

Les réseaux neuronaux sont des « arbres logiques ». À partir d'un raisonnement juridique et de concepts parfaitement identifiés, il est possible de créer des règles permettant de résoudre des cas pratiques simples dans certains domaines du droit. Le raisonnement par syllogisme y trouvera une heureuse application. Or ce raisonnement extrêmement basique ne trouve que peu d'application en droit et se fonde systématiquement sur un problème de qualification juridique.

Pour construire ces réseaux neuronaux, les développeurs informatiques ont besoin de juristes qualifiés pour leur « apprendre » comment fonctionne le raisonnement juridique et ce qu'en sont les concepts fondamentaux. Si cet enseignement peut être réalisé assez facilement en vue de créer des algorithmes de tri et de recherche documentaire, il en est différemment pour la création de réseaux neuronaux. En effet, la richesse et la diversité de la doctrine française démontre à l'envie que le droit n'est pas une science, mais plutôt une question politique où l'interprétation et la compréhension du droit sont très divergentes d'un juriste à un autre. Dès lors, l'informaticien qui aura charge de réaliser le système informatique sera extrêmement dépendant de la vision juridique qu'aura son interlocuteur juriste chargé de lui décrire le fonctionnement juridique.

Au-delà de la mise en œuvre de systèmes de règles à utiliser pour résoudre des cas, il faudra passer par une conceptualisation informatique des concepts fondamentaux du droit. La tâche est beaucoup plus difficile qu'il n'y paraît puisque l'étape de la qualification juridique reste assez mystérieuse si on doit la détailler. Par ailleurs, les systèmes informatiques de réseaux neuronaux supposent une modélisation qui n'a pas un lien direct avec le droit. Ainsi, un concept fondamental comme la personne et son corollaire le patrimoine pourrait n'avoir aucune utilité dans le cadre du droit des contrats mais être fondamental dans le cadre des procédures collectives. Cela suppose deux systèmes différents pour pouvoir concevoir le passage d'une personne jouissant de sa pleine capacité juridique aux contraintes liées à la mise en œuvre de certaines procédures collectives.

En définitive, dans un système juridique stable et non soumis aux turbulences du législateur et de la jurisprudence, on pourrait imaginer qu'au prix de longs efforts certaines branches indépendantes du droit puissent être résumées dans un réseau de neurones. Néanmoins, rien ne permet de conclure que ces différents systèmes pourront communiquer ensemble compte tenu de la diversité des acceptions juridiques en fonction de la branche du droit considérée. Dans sa forme la plus extrême, le droit fiscal en est l'un des meilleurs exemples.

Pour résumer, la justice prédictive telle qu'est imaginée par les *legaltech* à ce jour, en France, ne pourra pas tenir ses promesses. Les limitations techniques informatiques sont nombreuses et l'intelligence artificielle, développée dans des réseaux de neurones, ne pourra pas se développer en raison de la structure même du droit français. Les juristes n'ont donc pas à craindre de perdre pied à cause de ces outils qui arrivent sur le marché. Néanmoins, pour tout ce qui concerne les algorithmes de tri et de recherche documentaire, il n'y aura aucune difficulté à créer des outils performants. Ainsi, le monde juridique de demain ne sera pas très différent de celui d'aujourd'hui. Les craintes qui s'élèvent aujourd'hui reposent sur une analyse biaisée par une expérience juridique anglo-saxonne qui ne correspond pas aux mêmes schémas que ceux du système français.

La conclusion revient à ces mots de René Demogue qui, bien avant l'apparition de l'ordinateur, nous mettait en garde contre les dérives de la simplification du droit : « Conciliation entre les théories en présence, voilà en somme le but, en partie irréalisable d'ailleurs, qu'il faut poursuivre. La simplification, par unité d'idée et déductions logiques est un besoin de l'esprit qui ne correspond pas complètement à la réalité des faits. On en a nettement l'impression en voyant toute la philosophie du droit d'aboutir toujours à défendre comme principe une transaction, ou un principe simple en apparence qui cache une complexité. Les faits sont trop divers pour se plier convenablement à la nature et au besoin d'agir de notre esprit. »

N° 327282

M. Samir BOUREGHADAD et 7 sous-sections réunies

2^e Séance du 10 juillet 2009

Lecture du 24 juillet 2009.

Conclusions

M. Frédéric LENICA, Rapporteur Public

Comme vous le savez, la loi du 24 juillet 2006 est venue scinder en deux catégories les mesures d'éloignement applicables aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire auparavant listées en un seul bloc à l'article L. 511-1 du CESEDA, qui avait codifié le I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

L'article 51 de la loi a introduit à l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un I qui prévoit que : « L'autorité administrative qui refuse la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour à un étranger ou qui lui retire son titre de séjour, son récépissé de demande de carte de séjour ou son autorisation provisoire de séjour, pour un motif autre que l'existence d'une menace à l'ordre public, peut assortir sa décision d'une obligation de quitter le territoire français », original instrument « trois en un », puisqu'il comporte dans le même acte un refus de séjour, une obligation faite à l'étranger de quitter le territoire dans un délai d'un mois et la fixation du pays de renvoi, étant précisé que passé ce délai d'un mois, la décision peut être exécutée d'office par l'administration.

Dans le même temps, le même article 51 a abrogé les 3^o et 6^o de l'ancien article L.511-1 qui, dans leur rédaction antérieure à la loi du 24 juillet 2006, prévoyaient qu'un étranger pouvait être l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière s'il s'était maintenu sur le territoire au-delà du délai d'un mois suivant une décision qui, soit avait refusé de lui délivrer un titre de séjour, de renouveler un tel titre ou qui avait retiré le titre dont il bénéficiait, soit avait retiré ou refusé de renouveler un récépissé de demande de carte de séjour ou une autorisation provisoire de séjour précédemment délivrés.

Désormais, les hypothèses de reconduite directe à la frontière ne concernent donc plus, selon le II de l'article L. 511-1, et pour nous limiter aux deux plus importantes en volume, que 1^o « l'étranger [qui] ne peut justifier être entré régulièrement en France, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité » ou 2^o « l'étranger [qui] s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa (...) ».

L'entrée en vigueur des dispositions de ce nouvel article L. 511-1 a fait l'objet de sérieuses difficultés d'interprétation, qui ont déjà suscité de nombreuses demandes d'avis, dont vous avez eu à connaître souvent en cette formation de jugement : on observera simplement que les premiers bilans doctrinaux laissent transparaître une tonalité assez largement circonspecte (voir en ce sens la chronique autorisée à l'AJDA 2008 p. 344 de nos collègues J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; voir aussi le compte-rendu de la table 1 ronde sur le droit des étrangers [avec J-M. Delarue, F. Julien-Laferrrière, V. Tchen et C. Verot.] publiée à DA de février 2008 ; voir aussi la note intitulée « L'obligation de quitter le territoire : vrais enjeux et faux-semblants » de Laurence Helmlinger, à AJDA 2008. p. 1082).

Vous êtes à nouveau saisis aujourd'hui d'une demande d'avis de la CAA de Lyon qui s'interroge précisément sur les conséquences à tirer de la disparition des hypothèses de reconduite dans les cas autrefois visés au 3^o et 6^o de l'article L. 511-1. La cour vous interroge précisément, dans son arrêt du 16 avril 2009 rendu sur la requête de M. Boureghdad, sur la question de savoir si l'obtention de récépissés de demandes de titres de séjour ou, plus généralement, d'autorisations provisoires de séjour fait obstacle à ce qu'une mesure de reconduite à la frontière soit prise sur le fondement du 2^o du II de l'article L. 511-1.

La cour vous demande aussi, et c'est par là qu'elle aurait dû commencer à notre sens, si la circonstance que la demande de titre est intervenue avant ou après l'expiration de la durée de validité du visa d'entrée a une incidence.

Vous admettez la recevabilité de la demande d'avis, dès lors qu'il est important de trancher au plus vite toutes les questions qui peuvent se poser devant les juges du fond, submergés par ce contentieux de masse qui peut parfois révéler des questions d'une certaine complexité juridique.

Et nous vous proposerons de répondre largement, mais très simplement, à la question qui vous est posée.

Très simplement car, en réalité, l'état du droit ne nous paraît guère avoir évolué, sur ce point, avec l'intervention de la loi du 24 juillet 2006. En réalité, au regard du droit de l'éloignement, la situation des étrangers continue d'obéir à une *summa divisio* que la scission entre le I et II de l'article L. 511-1 n'a fait qu'illustrer sans en modifier les frontières. **Cette division fondamentale est la suivante : soit l'étranger a fait preuve d'un comportement vertueux non seulement en entrant sur le territoire français sous le couvert d'un visa d'entrée et en sollicitant, avant l'expiration de ce dernier, un titre de séjour, et dans ce cas, il entre, sous la réserve du trouble à l'ordre public, dans le seul champ du I de l'article L. 511-1 et ne peut faire l'objet, pour être reconduit à la frontière, que d'une OQTF ; soit le séjour de l'étranger a été marqué, ne serait-ce qu'à un bref moment, par une irrégularité, soit qu'il soit entré irrégulièrement sur le territoire, soit qu'il n'ait formulé sa demande de titre de séjour que postérieurement à l'expiration de son visa, et dans ce cas, il peut faire l'objet d'une reconduite à la frontière.**

C'est ce que vous avez jugé, sous l'empire de l'ordonnance du 2 novembre 1945, par votre décision Ben Abbou du 27 juin 2005, aux tables p. 913, par laquelle vous avez écarté explicitement l'idée que chaque hypothèse de reconduite correspondait à un cas exclusif et refusé en conséquence de valider un raisonnement, qui aurait pu se défendre, tiré de ce qu'un étranger en situation irrégulière entamant une démarche d'obtention d'un titre de séjour ne pouvait plus relever que du 3° du I de l'article 22, avec le délai d'un mois pour donner suite à l'invitation de quitter le territoire français, et plus du 1° - entrée irrégulière - ou du 2° - maintien irrégulier à l'expiration du visa. Si nous comprenons bien votre avis Victor du 28 mars 2008, n°310252, à publier au Recueil (AJDA 2008, p. 2174 note O. Lecucq), qui ne saurait être réduit au seul cas des demandes dilatoires, c'est exactement ainsi que vous continuez à raisonner depuis l'intervention de la loi du 24 juillet 2006.

2 La thèse du péché originel, sanctifiée par la décision Ben Abbou, a donc survécu à la loi du 24 juillet 2006. Il ne pouvait d'ailleurs en être autrement : l'intention logique du législateur a toujours été dans cette manière de traiter de manière tout à fait différente les étrangers qui jouent le jeu de la loi dès leur entrée sur le territoire, au détriment de ceux qui laissent leur séjour sur le territoire être ou devenir irrégulier, même par inadvertance en laissant filer les délais.

Si vous nous suivez pour épouser cette logique brutale mais fidèle à l'économie générale qui traversait déjà l'ordonnance du 2 novembre 1945 et, depuis lors, l'article L. 511-1.

du CESEDA vous pourrez donc répondre en distinguant bien les deux hypothèses que nous venons d'évoquer. Vous pourrez d'abord répondre à la cour qu'il résulte de ces dispositions qu'un étranger qui a déposé une demande de titre de séjour antérieurement à l'expiration de la durée de validité de son visa et à qui l'administration a nécessairement délivré un récépissé de demande de titre de séjour, ne peut être regardé comme en situation irrégulière jusqu'à l'intervention de la décision prise sur sa demande de titre de séjour. Vous en tirerez la conséquence qu'une fois le refus de titre intervenu, cet étranger ne peut plus, du fait de la continuité de la régularité de son séjour en France, être regardé comme étant au nombre des étrangers mentionnés au 2° du II de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, susceptibles comme tels de faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière.

La nouvelle mesure prescrivant l'obligation de quitter le territoire français est donc seule applicable à cet étranger lorsque l'autorité administrative lui refuse le titre de séjour sollicité.

Vous pourrez en revanche répondre à la cour, ainsi que vous l'aviez déjà constaté dans votre avis Victor, que le seul dépôt d'une demande de titre de séjour ne saurait faire obstacle à ce que l'autorité administrative décide la reconduite à la frontière d'un étranger qui, étant en situation irrégulière à la date de cette demande, se trouve dans l'un des cas mentionnés aux 1°, 2° ou 4° du II de l'article L. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Si vous nous avez suivi, vous en tirerez la conséquence que si un étranger a déposé une demande de titre de séjour postérieurement à l'expiration de la durée de validité de son visa, la délivrance d'un récépissé ou d'une autorisation provisoire de séjour à l'occasion de l'instruction de sa demande de titre de séjour ne fait pas obstacle à ce que le préfet puisse prendre à son encontre un arrêté de reconduite à la frontière sur le fondement du 2° de l'article L. 511-1 II précité.

En apportant cette dernière précision, vous ferez reste de droit à la cour sur la première question qui vous a été posée et qui semble laisser accroire qu'un effet de droit particulier s'attacherait à l'octroi d'une APS dans ce type de circonstances.

Le législateur est en effet intervenu, par la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, pour contrecarrer votre jurisprudence Mamoka du 22 janvier 1993, T. p. 923, aux conclusions de R. Abraham, dans la ligne de la décision d'Assemblée Nkodia du 13 décembre 1991, p.

439, également aux conclusions de notre éminent collègue, en vertu de laquelle la délivrance de documents provisoires aux personnes sollicitant le statut de réfugié devait être regardée comme une mesure de régularisation de la situation des intéressés quant aux conditions de leur entrée en France (voir sur ce point le rapport n° 326 du Député Philibert p. 49 et 77).

3 C'est précisément pour dissiper toute ambiguïté que l'article 6 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 a été à l'époque modifié pour prévoir que la délivrance d'une APS ou d'un récépissé de demande de titre de séjour ne saurait avoir pour effet de régulariser les conditions de l'entrée en France et qu'au 1° de l'article 22, les termes « à moins que sa situation n'ait été régularisée postérieurement à son entrée » ont été remplacées par « à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ». La même logique nous semble irriguer le 2° du II de l'article L. 511-1, même si cette position sur le droit au séjour n'est peut-être pas totalement cohérente avec le statut de l'APS dans le droit de l'entrée. La seule exception à ce principe demeure à notre connaissance celle de la demande de statut de réfugié, de plein droit ou simplement territorial, dans le cas duquel l'APS protège, au moins en fait, contre la reconduite, puisque dans ce cas aucune mesure d'éloignement ne peut être prise avant la fin de l'instruction de la demande. Vous pourrez toutefois vous dispenser de répondre expressément à cette question si vous souhaitez vous en tenir au seul cœur utile de la réponse à la demande d'avis. Nous en avons ainsi fini du cas général de l'étranger entré en France après l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2006.

Nous clôturerons notre propos en vous disant quelques mots de la situation de l'étranger entré en France avant cette entrée en vigueur et qui ferait aujourd'hui l'objet d'une mesure d'éloignement. La seconde hypothèse évoquée à l'instant ne fera pas débat : le péché originel du séjour irrégulier étant indifférent aux changements de régime juridique, la reconduite sera toujours possible dans ce type de cas de figure. Aucune mesure d'éloignement d'aucune sorte ne sera en revanche plus possible, sauf démarche inconsidérée de l'étranger, si celui-ci a fait, en situation régulière, une demande de titre de séjour ayant fait l'objet d'un refus sans mesure d'éloignement avant l'entrée en vigueur du nouveau régime. C'est ce qui résulte en effet de la malencontre du régime transitoire de la loi, dont vous n'avez que partiellement rétabli l'équilibre par votre avis du 28 novembre 2007, Barjamaj, à publier au Recueil (voir aussi AJDA 2008, p. 590, note L. Gros). À la thèse du péché originel s'oppose ainsi, dans le cas très particulier de ces étrangers, la thèse diamétralement opposée de l'immunité complète, qui empêche de les éloigner du territoire, que ce soit sur le fondement du I ou celui du II de l'article L. 511-1. C'est d'ailleurs ce que vous avez jugé, en toute connaissance de cause, par votre toute récente décision Baatouche du 29 mai 2009, n° 316311, qui sera mentionnée aux tables, aux très éclairantes conclusions de notre collègue Anne Courrèges. Nous vous proposerons d'indiquer expressément à la cour l'existence de ce cas de figure à la toute fin de votre avis.

À tous, Jean Carbonnier nous manque. Juriste, il manque aux juristes. Sociologue, il manque aux sociologues. Plus précieux encore : sociologue, il manque aux juristes, juriste ; il manque aux sociologues. Il a creusé l'intelligence de l'une et de l'autre des disciplines, dans chacune il y était maître, dans leur cœur respectif il développa une pensée qui, bien que nourrie de la sensibilité de l'autre savoir, pouvait encore se contenter de sa matière. C'est si rare qu'un savant puisse porter à l'excellence sa pensée dans deux disciplines sans apparaître en partie étranger dans chacune. Jean Carbonnier laisse des écrits que l'on pourrait dire domestiques, c'est-à-dire immédiatement perceptibles et familiers à ceux de la maison. Nul besoin pour le juriste d'être sociologue pour comprendre l'approche du droit que Jean Carbonnier propose dans ses manuels, tandis que, symétriquement, ses écrits rendent aux sociologues le droit accessible, plus compréhensible et davantage digne d'intérêt.

2

Car si Jean Carbonnier a laissé une empreinte sociologique à l'art législatif qu'il mit en œuvre, façonnant depuis les années 1960 les successives réformes françaises du droit de la famille, il expliqua également aux sociologues en quoi réside l'art juridique – à l'inverse d'une certaine sociologie qui aborde le droit avec méfiance, l'envisageant comme un ennemi en ce qu'il serait avant tout, voire uniquement, une alliance cachée de pouvoirs, parée des plumes de la parole et de la procédure. Cette sociologie prend alors pour ambition de démasquer le droit, pour mieux tenir l'instruit à distance de cet objet, le droit étant d'autant moins aimé qu'il devient ainsi mieux connu. Jean Carbonnier, quant à lui, ouvrait le droit avec délicatesse, pétale par pétale, pour le montrer dans ses faiblesses mais aussi dans sa prudence et sa finesse, dans sa délicatesse, c'est-à-dire dans son souci de faire peu plutôt que de faire mal, de protéger le faible et de veiller aux espaces de liberté pour les individus et leurs alliances. Jean Carbonnier, faisant comprendre le droit, le rendait appréciable, réconciliant les sociologues avec l'objet juridique, vu sans suspicion, dans la grande tradition durkheimienne.

3

Les juristes en furent aussi les bénéficiaires car Jean Carbonnier exprima le souci de ne comprendre la technique juridique que rapportée à la façon dont les hommes vivent en société, rapprochant pareillement les juristes de la sociologie. Certes, le fait que Jean Carbonnier conçut plusieurs décennies de législations – lois sur les incapacités en 1964 et 1968, loi sur l'autorité parentale en 1970, loi sur la filiation en 1972, loi sur le divorce en 1975, même la récente loi réformant les successions en 2002 porte sa trace – a amené mécaniquement les juristes vers plus de considération pour la sociologie car pour comprendre ces lois, même dans leur lettre, il faut retrouver un peu du souffle qui a cherché à nouer fort le droit et les mœurs. Ainsi, quiconque est enclin à rechercher les vertus du droit et veut percevoir sa réalité sociale sait combien il est redevable à Jean Carbonnier.

4

Il aimait le droit flexible, le droit se penchant et se mêlant aux mœurs, au point de demander à la syntaxe même d'inverser l'ordre ordinaire pour mieux louer ce *Flexible droit*, titre fameux de l'ouvrage rassemblant ses articles de sociologie juridique, s'enrichissant à chaque nouvelle édition (1^{ère} édition en 1969, 10^e en 2001). Jean Carbonnier n'aimait pas le droit rigide, ce qu'il désignait comme le droit « dogmatique », c'est-à-dire la règle pour la règle, la règle conçue à l'intérieur d'elle-même, fière de ne pas dépendre d'autre chose que de sa technicité, reposant sur la prétention qu'il suffit que le droit dise pour que cela soit. Jean Carbonnier n'aimait rien qui soit rigide – le sous-titre de *Flexible droit* est : *Pour une sociologie du droit sans rigueur* –, il n'aimait donc pas non plus l'esprit de système. Cela le rend plus que tout autre difficile à remercier d'un trait, d'un trait qui rende justice à son savoir juridique et son esprit de sociologue. Prenons à son image quelques impressions, des remarques de détail, pour guider le lecteur vers une œuvre qui fait avant tout aimer le droit, dans son intelligence et dans ses tâtonnements.

5

Juriste, Jean Carbonnier retournait à la source de la sociologie juridique, à la pensée de Montesquieu. Cela ressort nettement de son dernier livre, paru en 1996, *Droit et passion du droit sous la V^e République*. Jean Carbonnier aimait la loi et les pratiques, les nouant ensemble et accordant moins d'importance que d'autres à la création jurisprudentielle ou aux droits de l'homme. Il est vrai que le dogmatisme se glisse souvent dans ceux-ci et que Jean Carbonnier, si soucieux des mœurs, pouvait prôner un art législatif ayant pour modestie et intelligence d'épouser les aspirations sociales, influençant celles-ci comme on guide un cheval. Son *Essai sur les lois* (1^{ère} édition en 1979, 2^e en 1995) n'appela de sa part ni *Essai sur les jurisprudences* ni *Essai sur les droits*.

6

Jean Carbonnier n'appréciait pas le droit rigide, ni la façon tranchante de le présenter, mais l'on peut dire qu'il aimait le droit exact, c'est-à-dire précisément dessiné. Ses manuels de droit civil, constamment réédités dans la collection « Thémis » des PUF, ne sont semblables à aucun autre du genre, présentant la matière par un autre regard, amenant le lecteur au droit par petites touches, ainsi qu'il y réussit comme professeur pour des générations d'étudiants, à la Faculté de Poitiers dont il fut le Doyen, puis à la Faculté de droit de Paris d'où il se retira en 1976. Dans ses manuels, à peine des manuels, Jean Carbonnier reprend à la lettre les articles du Code civil, directement confrontés à la façon dont les hommes, les familles ou les villes les font vivre ou les rencontrent intuitivement. Ce souci de la précision associé au désir de la souplesse a conduit Jean Carbonnier à étudier et à faire valoir le petit droit. Se défiant de la prétention de parer le droit de majuscules, il préférait sans doute le petit droit au grand, estimant ainsi que seule la petite propriété est signe de liberté. Il écrivit des pages inoubliables sur les « petits contrats » – le dépôt, par exemple. Il approuva le souci du droit de la consommation de s'occuper des petits litiges, contrairement à l'adage selon lequel : *De minimis non curat praetor*.

7

Ce souci du petit, à l'intérieur du droit même comme une sorte de devoir juridique de protéger le faible, à l'extérieur du droit comme façon de le décrire parce que le petit en rend compte plus exactement, lui permettait de regarder précisément comment les règles vivent et ce qui les fait justes ou injustes. Par exemple, il montra comment l'incapacité de la femme mariée, si condamnée rétrospectivement, était un espace de liberté, comment l'incapacité est une protection avant tout – et il conçut ainsi les réformes législatives en la matière –, comment les enfants sont aujourd'hui capables puisque dotés d'argent de poche et de mobylette. Comment le lecteur ne trouverait-il pas agrément au droit quand il y trouve un si pur miroir de la vie ?

8

Juriste classique donc, aimant la loi souple et précise, et pour cela aussi à rebours de la doctrine juridique aujourd'hui majoritaire ayant à la bouche Principes, Juges, Prérogatives et Droits de l'homme, Jean Carbonnier a ouvert la sociologie aux juristes. Dans son ouvrage *Sociologie juridique* (1^{ère} édition en 1968, 2e en 1978, 3e en 1994), il signalait par le titre « Sillages et sillons » les propos amenant les lecteurs vers autre chose que ses propres certitudes, conduisant ainsi leur regard non seulement vers nos mœurs mais encore vers d'autres ordres sociaux, vers les saturnales romaines, vers les usages des Inuits, offrant au passage la lecture d'auteurs souvent ignorés. Dans cet ouvrage, on retrouve une idée très forte de Jean Carbonnier, se mariant paradoxalement très bien avec sa science du droit, à savoir qu'« il y a plutôt trop de droit » (*Flexible droit*, p. 7), que le droit n'est pas la meilleure chose qui puisse arriver à l'homme.

9

Certes, le droit advient parce que de la promesse naît le contrat, parce que de l'organisation naît l'institution, parce que la loi veille à rappeler aux parents de n'exercer leurs pouvoirs sur l'enfant que dans l'intérêt de celui-ci, cet intérêt de l'enfant que Jean Carbonnier mit au cœur de sa réforme du droit de la famille, et Jean Carbonnier ne rêvait pas d'une société sans droit. Mais le droit est là lorsque l'amour, l'intérêt partagé ou le souci de l'autre et des siens s'essoufflent, et c'est toujours dans la tristesse de n'avoir pu laisser les premiers jouer leur jeu. Pour Jean Carbonnier, le procès, plein du bruit des revendications et des droits brandis, était de nature pathologique, comme le droit lui-même : « Si ennuyeux qu'il soit d'avoir l'air d'un enfant de Malthus, nous ne pouvons nous empêcher de penser que l'aspiration à un droit indéfiniment extensible fait bon marché de ce que le droit a d'artificial, de pathologique, voire de pathogène » (*Flexible droit, op. cit.*). Dans bien des écrits, il affirma préférer le lien avec Dieu – sa foi et sa culture protestante courant dans chaque ligne – aux liens posés, calculés presque, par le droit, comme si la contrainte et le général lui semblaient regrettables par nature.

10

Jean Carbonnier inséra lui-même le terme de « passion », dans le titre de son dernier ouvrage précité, *Droit et passion du droit*. Si l'on recherche dans les écrits de Jean Carbonnier ce qui pourrait avoir ce rang, ce serait la passion de la liberté, la liberté dans un ordre social devant permettre aux individus de vivre le plus libre et le plus proche des autres possible. On retrouve ce goût du droit comme allié de la liberté et des espaces privés dans bien de ses articles, par exemple celui qui, en 1951, défend la liberté d'opinion de l'historien (*Le silence et la gloire*), celui qui, en 1993, retrace avec crainte la montée en puissance de la passion de l'information (*La transparence*) ou celui qui, dès 1963, exposait *L'hypothèse du non-droit* (Jean Carbonnier aimait étudier les creux laissés par le droit plutôt que le tranchant de son espace, choisissant ainsi dans les *Archives de philosophie* du droit consacrées au thème du sujet de droit de traiter du « non-sujet de droit »).

11

À travers ce voyage dans le « non-droit », soulignant notamment la sagesse du droit de laisser la nuit hors de son empire et les huissiers à la porte, Jean Carbonnier nous raconte ainsi un droit qui se retient lui-même, un droit qui se méfie de sa propension à commander, à régenter, un droit qui nous laisse libre. Le Doyen, dans cette longue et légère leçon non dogmatique, montre que le droit non seulement préserve la liberté mais en fait naître le goût.

12

Comment, en le lisant encore et encore, ne pas aimer le droit ?



Contribution des éditeurs du groupe Droit du Sne à la rédaction du décret d'application des articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, au titre de la diffusion des décisions de justice.

1. Contexte législatif : la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

Article 20 relatif à la diffusion des décisions administratives :

L'article L. 10 du code de justice administrative est complété par quatre alinéas ainsi rédigés :

« Ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.

« Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes.

« Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces jugements.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe, pour les jugements de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article. »

Article 21 relatif à la diffusion des décisions judiciaires :

Le chapitre unique du titre 1er du livre 1er du code de l'organisation judiciaire est complété par un article L. 111-13 ainsi rédigé :

« Art. L. 111-13. - Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.

« Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes.

« Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces décisions.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article. »

2. Les éditeurs précurseurs dans la diffusion de la donnée juridique

Les éditeurs juridiques s'inscrivent en partenaires naturels et favorables à la politique publique qui consiste à rendre le Droit plus accessible. Ils ont développé de longue date une pratique de l'organisation et de l'exploitation des flux d'informations sur les décisions de justice qui leur a permis de préciser les besoins du public, et notamment des professionnels du droit (enseignants, chercheurs et praticiens) tout comme les potentialités de développement.

115, boulevard Saint-Germain – 75006 Paris
Tél. : 01 44 41 40 50 – Fax : 01 44 41 40 77
www.sne.fr

Ainsi, la mutation du papier au numérique (aujourd'hui plus de 50 % du CA réalisé sur des produits digitaux), au-delà d'une mutation de support, et au prix d'un effort financier et technique important, a été l'occasion de nombreuses innovations éditoriales (contenus nouveaux et digital native), liées à la recherche (recherche sémantique ...) et/ou technologiques.

L'ouverture des données publiques amène aujourd'hui les éditeurs à faire évoluer leurs offres et contenus et surtout à innover en proposant de nouveaux services.

En effet, la profusion de l'information mise à disposition permet aux éditeurs d'imaginer des développements novateurs au bénéfice de la communauté juridique et, dans le même temps, les oblige à renforcer leur mission nécessaire d'intermédiaire intellectuel auprès du public ainsi que leur apport de valeur ajoutée.

De fournisseurs d'information, les éditeurs deviennent fournisseurs d'aide à la décision.

3. L'impact de l'exigence d'anonymisation

Dans le cadre du développement de ces services innovants, les modalités d'anonymisation des décisions ont un impact majeur.

3.1 Il convient, pour mémoire, de rappeler que le caractère public des décisions de justice et leur libre communication à toute personne qui en fait la demande sont des garanties fondamentales dans le cadre législatif actuel.

L'anonymisation des décisions de justice ne va en effet pas de soi puisque l'article 451 du Code de procédure civile prévoit que « les décisions contentieuses sont prononcées en audience publique et les décisions gracieuses hors la présence du public, le tout sous réserve des dispositions particulières à certaines matières ».

De même, l'article 11-3 de la loi du 5 juillet 1972 autorise les tiers à se faire délivrer une copie des jugements prononcés publiquement.

Ce principe de publicité de la justice est garanti également par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux termes duquel « le jugement doit être rendu publiquement ».

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 4 octobre 1974 juge que la publicité des débats judiciaires est un principe général du droit.

L'information du public est une liberté publique qui s'inscrit donc dans le cadre des garanties fondamentales accordées à l'individu : le caractère public des décisions de justice ainsi que leur libre communication fait corps avec la justice elle-même.

De plus, la diffusion de la jurisprudence sur Internet est devenue une « mission de service public » de nature à donner pleine effectivité aux droits des citoyens, notamment dans leurs relations avec les administrations, tels que posés par la loi du 12 avril 2000, et à favoriser l'égal accès de tous les justiciables à la justice. Le lancement du site Légifrance en 2002 s'inscrit dans cette démarche.

3.2 Les dérogations qui imposent l'anonymisation reposent sur certaines dispositions spéciales (principalement la loi du 29 juillet 1881).

La CNIL, quant à elle (délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001) opère une distinction entre les jugements et arrêts gratuitement accessibles sur Internet (suppression du nom et de l'adresse des parties et des témoins, personnes physiques, mais cela seulement : il n'y a pas lieu d'occulter l'identité des magistrats ni celle des auxiliaires de justice, ni encore des personnes morales) et les bases de données payantes (suppression des adresses; pour les noms : déclaration de la base de données à la CNIL, droit de d'opposition et de rectification)

La CNIL a ainsi tranché en faveur du principe de proportionnalité en vertu duquel lorsqu'une donnée est pertinente, adéquate et non excessive au vu des finalités poursuivies, elle peut échapper à l'anonymisation.

3.3 La voie qui a été prise dans le cadre de l'open data, d'une anonymisation systématique des décisions de justice, fait prévaloir l'exigence suprême du respect de la vie privée du justiciable.

Les éditeurs non seulement ne contestent nullement ce choix quand il s'agit de la diffusion des décisions au public, mais l'encouragent.

En revanche, l'accès maintenu des éditeurs à un flux de décisions « intègres », sans anonymisation préalable, leur est absolument indispensable, tant pour continuer leur mission naturelle d'analyse et de commentaires doctrinaux de la jurisprudence, que pour le développement de ces services innovants.

Il ne s'agit pas ici de rediffuser, de quelle que manière que ce soit, une décision non anonymisée ou quelque donnée personnelle que ce soit, à qui que ce soit.

Il s'agit de bénéficier du maintien d'un flux intègre, à usage interne, qui permette aux éditeurs :

- i. Leur travail d'analyse/commentaire/doctrinal, au cœur de la valeur ajoutée qu'ils apportent dans la diffusion du droit, qui exige la lecture de la décision intégrale afin d'en garantir la bonne compréhension juridique ;
- ii. Le développement d'offres nouvelles grâce aux techniques de la recherche scientifique appliquées à la data juridique : data mining, exploitation statistique permettant l'extraction tendancielle et/ou prédictive etc...

4. Un double flux « anonymisé »/ « intègre » (non anonymisé) ne contrevient ni à l'esprit de la loi Lemaire ni aux dispositions actuelles régissant la protection des individus au titre de la loi Informatique et Libertés

Bien au contraire, la rédaction du décret d'application de la loi pour une République numérique est l'occasion de mettre fin à l'insécurité juridique et technique qui préside actuellement à la diffusion du Droit et de permettre d'identifier les intervenants et leur responsabilité dans cette chaîne de diffusion.

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique édicte une mise à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.

Or, il est bien entendu que seul le « flux anonymisé » à la source par les producteurs serait effectivement rediffusable par les éditeurs.

En revanche :

- Les éditeurs juridiques participent du service public de la diffusion du Droit et ne sont donc pas des destinataires quelconques. Ils ne peuvent pas être assimilés au « public ». La fourniture d'un second flux, non anonymisé, aux seules fins d'analyse et non de diffusion, ne contreviendrait pas aux dispositions de la Loi Informatique et Libertés laquelle n'interdit pas le traitement de données à caractère personnel, mais le soumet seulement à des conditions (collecte loyale, but légitime, rectification, suppression) qu'un éditeur est parfaitement en mesure d'appliquer. A cet égard, il serait légitime de faire un parallèle avec le droit d'usage de données nominatives par des chercheurs scientifiques lesquels, par dérogation conquise de haute lutte au moment de la discussion de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 modifiant la loi Informatique et Libertés ont acquis le droit de traitement de ces données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique¹ «*s'il n'est pas utilisé pour prendre des décisions à l'égard des personnes concernées*».
- Par ailleurs, une anonymisation systématique qui ferait totalement disparaître toutes les informations présentant un «*risque de ré-identification des personnes*» irait à rebours de l'objectif de transparence², non parce que les décisions de justice seraient amputées d'un certain nombre d'informations personnelles, mais parce que pour garantir un accès pertinent à des données jurisprudentielles il faut pouvoir alimenter les services en amont avec des données complètes, brutes. Dans un document du 19 janvier 2006 sur le bilan de la recommandation du 29 novembre 2001, la CNIL a d'ailleurs souligné que sa recommandation de suppression du nom des parties qu'elle préconisait dans les jugements et arrêts rendus librement accessibles sur internet ne s'appliquait pas aux recueils de jurisprudence sur support papier au motif que ces derniers constituaient «*une aide à la mémorisation et à l'utilisation des décisions de justice*». De manière générale, la volonté politique affichée de progresser en matière de transparence dans la vie des affaires (Loi Sapin 2, notamment) paraîtrait contredite par une décision d'anonymisation systématique.
- Enfin, il faut insister sur la nécessaire cohérence interne de la Loi Lemaire dans sa politique de libération des données. L'enjeu de la loi va au-delà de la transparence démocratique et doit permettre de nouveaux leviers de croissance économique. Dans ce cadre il serait incompréhensible d'autoriser, notamment, le text et data mining, sans permettre aux acteurs économiques de disposer d'un flux de données riches et exploitables à cet effet.

¹ Art. 6 de la loi du 6 janvier 1978

² CE 6 déc. 2006, req. n° 287453, Lebon; AJDA 2006. 2370 : le caractère complet de la décision rendue publique responsabilise le juge, assure la transparence de la justice et garantit en outre le droit des tiers. C'est en effet «*parce qu'elle comporte le nom des parties qu'une décision peut, le cas échéant, donner lieu à l'exercice d'un recours en tierce opposition*»

5. Le cadre possible

Les éditeurs proposent que le « flux intègre », non rediffusable au public, soit proposé à tous les acteurs économiques qui le souhaitent (éditeurs, legaltech, cabinets d'avocats...), sans distinguer entre eux autrement que par leur capacité, sous la forme d'une accréditation « tiers de confiance », à respecter les termes d'une licence contractée avec les producteurs publics, laquelle prévoirait :

1. le cadre technique de sa mise à disposition aux "tiers de confiance" (format, fraîcheur, flux, métadonnées, etc.) ;
2. le cadre de son exploitation par les "tiers de confiance", dans le respect des dispositions de la loi Informatique et Libertés, pour des besoins d'analyse éditoriale, statistique... ;
3. le prix, justifié par les besoins techniques définis ci-dessus.

L'accréditation « tiers de confiance » existe déjà pour les données de santé. Une demande pourrait être présentée à la CNIL par le dépôt d'un formulaire décrivant techniquement le traitement appliqué aux données et les modalités (internes/externes) de leur exploitation ainsi que la liste des personnes y ayant accès. L'accréditation serait revue si le process ou la finalité évoluaient. La CNIL pourrait diligenter un audit chez l'accrédité.

6. Les données des personnes morales

Pour finir, il est important que la CNIL maintienne et confirme sa position relative aux données des personnes morales qui échappent, par nature, à l'application de la loi de 1978 et doivent donc demeurer présentes dans le « flux anonymisé ». Ces données et leur exploitation, donc leur diffusion, jouent un rôle de premier plan dans les services innovants que les éditeurs souhaitent proposer à la communauté, et, partant, dans les leviers de croissance qu'offre l'open data.

Il convient, là encore, de souligner la nécessité de cohérence avec la loi Sapin 2 et la volonté politique affichée d'instaurer plus de transparence, d'éthique et de justice dans le processus d'élaboration des décisions publiques et dans la vie économique.

Contexte

La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, dite *Lemaire*, réforme la politique publique d'open data, en généralisant la diffusion des décisions administratives et judiciaires. Toutes sont mises "à disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées". Le texte de loi précise que "**cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes**", dont les conditions seront fixées par décret en Conseil d'État.

Si la diffusion massive des décisions de justice interroge au plan quantitatif, elle pose indéniablement un défi qualitatif, corollaire à la protection des données personnelles ainsi ouvertes. La loi pour une République numérique ne vise pas expressément l'anonymisation des décisions de justice, mais le seul "risque de ré-identification". Or, pour évincer tout "risque de ré-identification" il est envisagé de durcir le niveau d'exigence appliqué en matière d'anonymisation des décisions de justice ce qui reviendrait, *in fine*, à limiter l'accès au droit et se révélerait ainsi contre-productif.

Discussion

Un savoir-faire historique en matière de diffusion de données anonymisées. Les diffuseurs professionnels du droit ont depuis de nombreuses années anticipé le risque de ré-identification des personnes en s'imposant spontanément des règles d'anonymisation des décisions transmises au public bien plus strictes que les règles légales, allant même au-delà des recommandations de la CNIL. Les éditeurs juridiques s'emploient donc depuis longtemps à jouer un rôle de filtre particulièrement rigoureux, afin d'empêcher une telle ré-identification des personnes physiques par le public.

Une transmission des éléments bruts maîtrisée et limitée à la seule doctrine. L'accès par le diffuseur professionnel à un flux non anonymisé lui permet de disposer d'éléments qui peuvent se révéler précieux voire essentiels pour la bonne compréhension d'une décision. Ces éléments sont transmis aux seuls commentateurs (professionnels du droit, universitaires, praticiens) qui peuvent ainsi mieux remettre dans leur contexte les décisions qu'ils commentent auprès du public (voir nombreux exemples ci-après), sans pour autant les divulguer. Cette collecte des éléments non anonymisés relève donc de la responsabilité du diffuseur qui, grâce à son savoir-faire, met tout en œuvre pour assurer une protection efficace de la vie privée des justiciables.

La valeur ajoutée doctrinale au service du public. La diffusion du droit est une mission de service public, dans l'exercice de laquelle l'éditeur juridique représente un précieux partenaire. Par la constance de son expertise de captation et de sélection de l'information, l'éditeur offre aux chercheurs des sources pertinentes, tant dans l'actualité de ses fonds, que dans leur exhaustivité. La fiabilité de l'information est renforcée par le travail d'enrichissement que fait l'éditeur en aval de la sélection, et en collaboration avec ses auteurs. Une fois sélectionnée, l'information est structurée, voire réécrite, pour que son accessibilité soit optimisée, pour que son intelligibilité soit assurée. L'information éditée est ainsi gage de qualité. Par le biais des éditeurs juridiques ou tout autre type de diffuseur professionnel, le public dispose donc actuellement de décisions anonymisées de façon suffisamment efficace pour empêcher tout risque de ré-identification mais est éclairé dans sa compréhension des

décisions par les commentateurs qui auront eu en amont les éléments de lecture complets de la décision. L'accès à un droit éclairé est donc ainsi assuré de manière efficace et sécurisée par ces professionnels de la diffusion du droit.

Risque d'appauvrissement du droit. L'anonymisation généralisée et systématique des décisions de justice telle qu'elle est envisagée, outre la charge de travail qu'elle ajouterait à des juridictions déjà surchargées, freinerait donc le travail de sélection et d'analyse des diffuseurs professionnels.

Si la mise en ligne des décisions de justice conforte le droit à l'information du public, par la volonté de transparence dans un État de droit, l'anonymisation de tous les jugements et arrêts rendus par les juridictions freine l'analyse de la jurisprudence. Or, le référencement, le classement, l'annotation, et le commentaire relèvent des fonctions traditionnelles de l'éditeur qui a pour but de rendre le droit plus lisible et donc d'autant plus accessible. Dans certaines branches, telles que le droit des personnes, le droit de la famille, ou encore la propriété intellectuelle, il est parfois difficile de conserver un intérêt doctrinal à une décision vidée de tous les éléments de fait susceptibles de ré-identifier les parties à l'instance (voir exemples ci-après).

Si les problèmes posés par l'anonymisation sont évidents en droit administratif où l'usage consiste à identifier les grands arrêts par le nom des parties, nombreux sont les exemples d'appauvrissement de l'interprétation doctrinale en cas d'anonymisation totale des décisions judiciaires.

Risque d'une extension de l'anonymisation aux personnes morales et aux acteurs de la décision. La volonté d'une anonymisation généralisée pourrait aboutir à l'anonymisation des personnes morales qui reviendrait par ailleurs à amoindrir les incidences d'une décision de justice sur leur notoriété. Or, si certaines sociétés sont peu sensibles aux amendes pécuniaires elles craignent davantage le retentissement d'un procès sur leur image (exemple : les décisions en matière de pollution - Total -, bientôt celles relatives à l'obsolescence programmée, etc.). L'anonymisation rendrait par ailleurs illisible l'évolution jurisprudentielle d'un point de droit objet d'une saga judiciaire, à l'instar des arrêts Chronopost. La compréhension de la construction jurisprudentielle et donc du droit s'en trouverait fortement altérée.

Rappelons enfin que si le nom des avocats disparaissait, il deviendrait impossible de publier des articles d'avocats sans savoir s'ils étaient parties à l'affaire. De même, si le nom du rapporteur public ou d'un avocat général disparaissait, il deviendrait difficile de publier leurs conclusions.

Pour les arrêts rendus en audience publique, la question de l'opportunité d'une anonymisation totale se pose avec d'autant plus de vigueur que la présence des journalistes à l'audience implique une médiatisation de l'affaire.

Vers un open data favorisant la qualité du droit. La démarche n'est pas de disqualifier le mouvement d'open data, encouragé par ailleurs par l'éditeur juridique, mais d'adoucir la position absolue d'anonymisation des décisions de justice. La loi *Lemaire* vise une "mise à disposition du public" à titre gratuit des jugements dans le respect de la vie privée des personnes concernées. L'éditeur juridique, en tant que diffuseur professionnel, occupe une place à part au sein de ce "public". Une distinction s'impose selon l'usage que le "public" fera de la jurisprudence. À ce titre, l'usage professionnel et

scientifique fait par l'éditeur de la jurisprudence justifie qu'il bénéficie non seulement d'un flux anonymisé destiné à être diffusé, mais aussi, et surtout, d'un flux intègre, à usage interne, pour permettre aux éditeurs de poursuivre et d'approfondir leur travail d'analyse. Par cette dualité de régimes dans la diffusion des décisions de justice, selon l'usage des données qui est fait, une politique de balance des droits fondamentaux est encouragée. Car "il n'est de droit, de droit digne de ce nom, que dans la recherche d'un équilibre".

EXEMPLES ILLUSTRANT LES DIFFICULTÉS SUSCITÉES PAR L'ANONYMISATION

Affaire *Vincent Lambert* ou le placement en tutelle d'une personne en état végétatif

[Cass. 1re civ., 7 déc. 2016, n° 16-20.298](#): caractère identifiant de l'état de santé de la personne (état végétatif), du lien de parenté avec le tuteur désigné (situation maritale), sur la nouvelle résidence de l'épouse entendue comme source d'éloignement (Belgique) et donc débat sur la compréhension de la décision en cas de suppression. La question se pose également de l'opportunité et la légitimité d'une anonymisation totale de la décision, la Cour EDH ayant été amenée à se prononcer, dans cette affaire, quelques mois plus tôt ([CEDH, 5 juin 2015, n° 46043/14](#)). Or, l'anonymisation n'est pas coutume devant les juges strasbourgeois.

Affaire *Albert de Monaco* ou la naissance secrète d'un enfant survenue hors mariage

[Cass. 1re civ., 27 févr. 2007, n° 06-10.393](#): caractère identifiant du titre (Prince), sur la période de règne (depuis avril 2005), sur le lieu de règne (Principauté de Monaco) et donc débat sur l'intérêt de l'analyse doctrinale en cas de suppression.

Affaire "Le front national des villes et le Front national des champs" ou la révélation de l'orientation sexuelle d'un secrétaire général d'un parti politique

[Cass. 1re civ., 9 avr. 2015, n° 14-14.146](#): caractère identifiant du titre de l'ouvrage, sur la désignation du parti politique, sur la qualité de l'intéressé (secrétaire général), sur ses fonctions (membre du conseil régional du Nord Pas-de-Calais) et donc débat sur l'intérêt de l'analyse doctrinale en cas de suppression.

Droit des successions

[Cass 1re civ., 18 janvier 2017, n° 16-12.391](#): affaire classique de droit des successions avec enfants issus d'une première union. La suppression des éléments identifiants comme les dates de décès et le fait que certains héritiers sont issus d'un premier lit rend la décision incompréhensible.

Droit des personnes et de la famille

- Les décisions relatives aux changements de noms deviennent difficilement lisibles : l'anonymisation entretient ici la confusion exemples : [CE, 8 juin 2016, n° 392393](#) ; [CE, 16 févr. 2011, n° 332187](#)

- L'anonymisation empêcherait parfois de déterminer le sexe des parties élément pourtant essentiel dans la portée de certaines décisions (exemple : en matière d'adoption de personnes de même sexe).

Des arrêts qui deviendraient intellectuellement peu compréhensibles

V. [CE, 28 déc. 2005, n° 271722](#) qui évoque les convictions d'un magistrat, mais dont l'anonymisation empêche de savoir qu'il s'agissait à l'époque un des leaders du Syndicat de la magistrature ce qui éclaire pourtant la décision

V. [CE, 23 juill. 2008, n° 308238](#) relatif à la condamnation d'un fonctionnaire : si l'on ne sait pas qu'il s'agissait d'un collaborateur de Mitterrand impliqué dans l'affaire des écoutes de l'Elysée, on a du mal à comprendre le raisonnement.

Anonymisation parfois impossible en raison des faits.

[Cass. crim., 10 oct. 2011, n° 84922](#) et [Cass. Ass. plén. 10 oct. 2001, n° 01-84922](#) : « Jacques Y..., à l'époque des faits maire de Paris et aujourd'hui Président de la République »

[T. confl., 5 sept. 2016, n° C4069](#) : Jean N., architecte de la philharmonie de Paris

[CE, 30 mars 2015, n° 387322](#) : NKM, présidente du groupe UMP à la mairie de Paris

Anonymisation susceptible de poser un problème démocratique.

Lorsque Noël Mamère attaque la vente de l'hippodrome de Compiègne ([CE, 1^{er} juin 2016, n° 389095](#)) ou François Bayrou ([CE, 27 sept. 2006, n° 290716](#)) la privatisation des autoroutes ou encore lorsqu'il s'agit de l'arbitrage *Tapie* (TA Paris, 8 oct. 2009, n° 0815485), ils n'agissent pas en tant que particuliers, mais en tant qu'hommes politiques et le revendiquent.

L'anonymisation ne permet plus de détecter la quérulence. L'identité des parties favorise la détection de plaideurs quérulents susceptible d'expliquer la motivation de certains contentieux.

Affaire Lacroix en droit de la propriété intellectuelle

En droit des signes distinctifs (marques, nom de domaines, etc.), on est souvent en présence d'homonymie entre marque enregistrée, le nom patronymique du déposant de cette marque et/ou le nom commercial ou l'enseigne dont il se sert pour les affaires (Exemple : arrêt Lacroix [Cass. com., 8 févr. 2017, n° 14-28232](#)). Dans ces hypothèses, il est important de connaître tous ces éléments (marques, nom patronymique, nom commercial) pour suivre le raisonnement du juge par exemple sur

le droit d'une personne physique de se servir de son nom pour faire du business ou en cas d'opposition entre une marque et un nom commercial. Or, même si on décide d'anonymiser le nom de la personne et le nom de sa société sans cacher la marque homonyme, ça n'est pas très utile car on peut deviner les deux premiers éléments en lisant l'arrêt. Si on anonymise en plus la marque identique, l'arrêt et son commentaire seront illisibles et on ne saura pas nommer cette jurisprudence.

Contribution du conseil national des barreaux

présentée par Me Louis DEGOS

• Pour la conservation du nom des auxiliaires de justice dans l'Open data des décisions judiciaires

Lors de sa résolution adoptée par l'Assemblée générale des 3 et 4 février 2017, le Conseil national des barreaux, qui représente l'ensemble des avocats devant les pouvoirs publics, s'est prononcé contre l'anonymisation des avocats dans le cadre de l'Open data des décisions judiciaires en votant expressément que « *les noms des avocats doivent être conservés et portés à la connaissance du public quelle que soit leur intervention, excepté lorsque ces derniers sont parties au jugement* ».

Si le Conseil national des barreaux ne s'est pas alors prononcé sur l'anonymisation des autres auxiliaires de justice, nous considérons, pour des raisons de cohérence, et en l'absence de bases légales qui justifieraient une position contraire, que cette position doit être étendue aux autres professions du droit participant à l'œuvre de justice dans le cadre de l'exercice de leur profession, à l'instar des juges, des notaires, huissiers de justice ou encore des experts judiciaires. Dans la mesure où ces personnes participent à l'œuvre de justice dans le strict cadre de leur activité professionnelle, la nécessaire protection de la vie privée ne saurait justifier l'anonymisation.

• Une position justifiée au regard des principes fondateurs de la justice

Les principes conventionnels comme les principes constitutionnels, auxquels s'ajoutent ceux qui ont été posés dans diverses lois organiques relatives au statut des magistrats, nous invitent à soutenir la non anonymisation des noms des professionnels du droit (avocats et magistrats) dans les décisions de justice mises à disposition du public en *open data*.

D'un point de vue conventionnel, la publicité des décisions de justice est un élément du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la CEDH. Il implique notamment que les jugements mentionnent le nom des juges qui les ont rendus. Or, la mise à disposition du public des décisions de justice, ne fait que prolonger le principe traditionnel de publicité des décisions de justice, en l'adaptant aux nouveaux modes numériques de publicité, de diffusion et de connaissance. Il impose donc, en l'adaptant aux nouveaux modes numériques de diffusion, que l'ensemble des éléments relatifs aux conditions dans lesquelles l'affaire a été jugée et ceux relatifs à la « fabrication » de la décision – y compris l'identité des magistrats ayant rendu la décision – soient portés à la connaissance du public au-delà de ceux, parties et professionnels du droit, qui auront eu accès aux débats et auront pu obtenir une copie de la décision.

D'un point de vue constitutionnel, l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose que « La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». Le magistrat est comptable, auprès des citoyens, des décisions qu'il rend. Là encore, la mise à disposition au public des décisions de justice ne fait que prolonger cette règle, en permettant le développement d'outils numériques qui constituent de nouvelles modalités de ce contrôle démocratique. Et, parce qu'il rend la justice au nom du peuple français, il est personnellement comptable de cette mission aux yeux du peuple et doit donc être toujours identifiable.

• Une position justifiée au regard de l'objectif poursuivi

L'information du consommateur et du justiciable, qui est un des objectifs poursuivis par l'*open data*, justifie cette position, lorsque les avocats interviennent dans le cadre de leur activité professionnelle, excepté lorsqu'ils sont parties au jugement.

Au regard des exigences liées à l'information du consommateur, il est d'ailleurs préférable que le consommateur / justiciable soit doté des moyens officiels et fiables de se faire sa propre appréciation des qualités d'un professionnel du droit plutôt que de se référer à des plateformes de comparaison et de notation des professionnels du droit qui existent déjà et qui seront à l'avenir généralisées pour tous par de nombreux sites Internet.

En effet, il n'y a pas de raison que la justice, et donc les juges, échappent aux diverses plateformes et systèmes de notation que les consommateurs utilisent désormais quasi systématiquement, quel que soit le domaine d'activité concerné.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 11 mai 2017 (n° 16-13669, CNB c/ Jurisystem), d'ores et déjà autorisé la comparaison et la notation des avocats, auxiliaires de justice, par des sites Internet au visa des articles 15 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 et L. 121-1 du Code de la consommation (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008). La comparaison et la notation des autres professionnels du droit, y compris des magistrats, seront donc tout aussi possible.

Plutôt que de voir les différents professionnels du droit nommément et personnellement notés par le biais de ces sites Internet, dont les données pourront être par ailleurs réutilisées par des algorithmes, il semble préférable de disposer d'une base de données officielles en Open data comprenant le nom des magistrats et permettant ainsi de vérifier ou d'infirmer ces notations.

La non anonymisation est le meilleur moyen de garantir au consommateur une information loyale, claire et transparente et de réguler ainsi les données de notation ou d'appréciation qui circuleront, à défaut, sans aucune garantie de fiabilité.

• Une position justifiée au regard de la nécessité de garantir l'attractivité des juridictions françaises

Dans un contexte de compétitivité, tout spécialement entre les systèmes de droit civil et ceux de « common law », lesquels accordent une attention toute particulière aux décisions de justice et à leur « fabrication », le maintien du nom des professionnels du droit est un gage de sérieux et de fiabilité, et donc de crédibilité et d'attractivité à la fois du droit français et des juridictions étatiques françaises. Il serait d'autant plus regrettable que les noms des professionnels de justice soient occultés à l'heure où cette compétition est particulièrement scrutée et sensible dans un contexte post-Brexit.

Résumé de la position du Conseil National des Barreaux :

Le maintien du nom des magistrats s'inscrit dans le respect des principes conventionnels, constitutionnels et législatifs fondateurs, qui ont posé l'exigence de publicité de la justice et les garanties inhérentes à chaque magistrat comme à la magistrature dans son ensemble, gages de validité des décisions de justice rendues. La mise à disposition du public des décisions de justice en Open data ne peut conduire à faire fi de ces principes fondateurs lesquels doivent continuer à s'appliquer aux nouveaux modes numériques de publicité et de contrôle démocratique. Ainsi, le maintien du nom des magistrats participe d'une information la plus complète possible, la plus loyale et la plus transparente à l'égard du public, ce qui correspond indéniablement aux objectifs poursuivis par la loi en instituant l'*open data*. Il est aussi essentiel que le public dispose d'informations non anonymisées qui permettront de réguler les données de notation ou d'appréciation sur les professionnels du droit (magistrats, avocats, etc.) qui sont déjà échangées et qui circuleront de façon exponentielle sans aucune garantie de fiabilité. Enfin, l'Open data étant accessible à toutes et tous, dans le monde entier, il ne faudrait pas que l'occultation de certaines données qui ne sont pas à caractère personnel ou qui ne concernent pas la protection de la vie privée des personnes ou la protection du secret professionnel, telles que les noms des magistrats qui ont rendu la décision, conduise à considérer que le droit français n'est ni sérieux, ni crédible, ni fiable.

Le Conseil national des barreaux prend toutefois bonne note de l'opposition de certains magistrats au maintien de leurs noms dans les décisions mises à la disposition du public en *open data*, en ce que cela les exposerait davantage à des risques en matière de sécurité, à l'analyse et à la comparaison du travail des magistrats entre eux de telle sorte qu'en définitive ces évolutions constituent une source d'appréhension pour certains magistrats. Le Conseil national des barreaux est donc prêt à admettre, avec regret compte tenu de sa position exprimée ci-dessus, que le nom des magistrats puisse être occulté dans le cadre de l'*open data*, à condition que cette différence notable de traitement et de régime entre les noms des magistrats et ceux des avocats reste une exception, et que les avocats, au même titre que les magistrats et avec le même intérêt légitime, aient un accès différencié, en dehors de l'*open data*, complet et intègre aux décisions de justice non-anonymisées ou non pseudonymisées. .

• La nécessité de maintenir, pour les avocats, un accès complet et gratuit aux décisions non anonymisées en dehors de l'*open data*

Dans cette même résolution de février 2017, le Conseil national des barreaux s'est également expressément prononcé sur la nécessité de laisser, pour les avocats, un accès complet aux décisions non anonymisées en dehors de l'Open Data.

Les avocats doivent nécessairement avoir un accès complet aux bases de données intègres des décisions de justice aujourd'hui maintenues par les hautes juridictions, et qui demain seront encore plus larges et étendues, voire exhaustives.

Les avocats, qui sont des « auxiliaires de justice » aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1971, doivent être mis en mesure d'analyser et d'objectiver les pratiques juridictionnelles et les tendances jurisprudentielles jusqu'alors difficiles à appréhender.

Les avocats sont tenus de faire preuve de compétence et de diligence (article 1.3 RIN). On ne saurait les priver des moyens d'être efficaces et pertinents dans leur contribution à l'œuvre de justice. L'accès à des bases de données intègres contribue ainsi à la bonne administration de la justice, à laquelle les avocats participent (CJCE, n° C-3/95, Arrêt de la Cour, Reisebüro Broede, 12 décembre 1996).

Cette nécessité d'accès gratuit à une ou des base(s) de données intègres s'inscrit également dans le cadre de l'égalité des armes, consacrée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, au civil comme au pénal, l'avocat étant un acteur indispensable du procès tout en n'étant pas partie au procès, tout comme le magistrat.

Enfin et à côté de son rôle judiciaire, l'avocat doit pouvoir accéder à de telles données intègres et les plus exhaustives possible pour être en mesure de mener à bien son service de conseil juridique auprès des justiciables et sa participation à l'évolution et à la mise en œuvre de tout le droit positif.

- **Simplifier le dispositif technique d'accès gratuit à une base de données intègre**

En vue d'ouvrir un accès direct, sans restriction et à titre gratuit à l'ensemble des avocats, il est proposé de confier au Conseil national des barreaux, à qui la loi a confié la compétence de « détermine(r), en concertation avec le ministre de la justice, les modalités et conditions de mise en œuvre du réseau indépendant à usage privé des avocats aux fins d'interconnexion avec le « réseau privé virtuel justice » » et d' « assure(r) l'exploitation et les développements des outils techniques permettant de favoriser la dématérialisation des échanges entre avocats » (article 21-1 loi du 31 décembre 1971), le soin de développer, sur la plateforme e-Barreau, les outils techniques permettant l'accès sécurisé à ces bases de données.

Seuls les avocats en exercice ont accès à e-Barreau. Emprunter la voie e-Barreau et l'interconnexion RPVA/RPVJ représente ainsi une importante garantie en termes de sécurité d'accès.

Or, il est bien évident que cet accès des avocats à une base de données intègre ne saurait leur permettre de contourner les règles de l'Open data et de développer une activité commerciale connexe et accessoire.

L'engagement de l'avocat à n'utiliser cet accès que dans le strict cadre de son exercice professionnel de conseil et d'assistance de ses clients serait d'une part contractuel (une clause complémentaire serait insérée dans les conditions générales d'utilisation d'e-Barreau) et pourrait en outre être accompagné de la création d'une nouvelle règle déontologique encadrant spécifiquement cette utilisation, par l'insertion d'une nouvelle disposition dans le RIN qui interdirait expressément toute exploitation commerciale et toute utilisation permettant de contourner la règle de non réidentification des données en Open data. L'édiction d'une telle règle relève en effet de la compétence du Conseil national des barreaux qui, aux termes de l'article 21-1 de la loi de 1971, « dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, [...] unifie par voie de dispositions générales les règles et usages de la profession d'avocat ». La méconnaissance de cette règle constituerait alors une faute pouvant entraîner, en sus de la sanction contractuelle, une sanction disciplinaire.

Contribution de M. Hervé CROZE

Professeur à l'Université Lyon-III

Les enjeux de l'ouverture au public des décisions de justice

1) Les acteurs de l'open data : Quels sont pour vous les enjeux majeurs (bénéfices attendus, risques associés, etc.) de l'ouverture des décisions de justice ? Comment envisager les rôles respectifs des différents acteurs de cette mise à disposition ? Dans quelles conditions ces acteurs doivent-ils assurer l'accès, la détention et la gestion de ces données ? Quels vecteurs doivent être employés pour assurer la mise à disposition du public des décisions ?

RÉPONSE

Les enjeux seront certainement des enjeux de pouvoirs.

Idéalement la diffusion des données juridiques devrait être une mission de service public assurée par un site comparable à Légifrance. C'est évidemment une vue de l'esprit : d'une part il ne peut être question de fermer l'accès à l'information ni d'interdire leur libre traitement au moins si elles n'incluent pas de données personnelles ; d'autre part seules des entreprises privées semblent à même de rassembler les capitaux nécessaires pour mettre en œuvre des traitements efficaces.

Il faut sans doute distinguer entre la mise à disposition des données et leur traitement. La mise à disposition de données publiques doit rester une prérogative régaliennne. Encore faut-il s'entendre sur le sens de la mise à disposition : la consultation du site [data.gouv.fr](https://www.data.gouv.fr/fr/) (<https://www.data.gouv.fr/fr/>) montre que des données peuvent être mises à disposition sans pour autant être intelligibles du public ; elles ne peuvent alors être seulement consultées qu'au prix d'un premier traitement déjà complexe et coûteux. Il conviendrait que le service public assure au moins un formatage minimum des données de base permettant simplement au citoyen de les lire sans avoir recours à un intermédiaire. Pratiquement il faut que le document soit consultable dans un navigateur internet, donc en HTML (ou, plus sûrement, en XML mais cela revient finalement au même). Il faudrait en plus ajouter un moteur de recherche simplifié (recherche des mots ou expressions) ainsi qu'une arborescence sommaire. Ces fondements permettraient d'ouvrir largement le traitement des données sans les réserver à des entreprises disposant de moyens considérables ; cela permettrait également de favoriser une véritable recherche scientifique universitaire sur les masses de données.

Au-delà la libre entreprise autorisera toutes les initiatives, même les plus redoutables. Nul n'ignore que des techniques informatiques, finalement assez banales, permettent de tirer de masses de données des conclusions significatives, en tout cas hautement probables. Elles sont particulièrement développées dans le domaine du marketing où elles sont détachées de toute préoccupation éthique : or il n'y pas de différence technique essentielle entre traiter des décisions de jurisprudence et traiter des tickets de caisse.

Cela soulève trois questions :

- peut-il ou doit-il y avoir une éthique de la diffusion des données juridiques ? dans l'affirmative comment tenter de l'organiser d'une manière qui puisse en garantir l'effectivité ?
- comment faire en sorte que les professionnels du droit participent à ces entreprises autrement qu'à titre personnel notamment en tant que consultants ? on ne peut que souhaiter – sans grande illusion – que la recherche universitaire s'empare de la question, mais cela supposerait de sa part une révolution que l'on hésitera pas ici à qualifier d'épistémologique !
- dans la mesure où les données brutes sont mises à la disposition gratuitement d'opérateurs privés qui en tireront profit, dans quelles conditions les citoyens pourront-ils accéder aux résultats des traitements accomplis ? on pourrait songer à transposer ici les solutions retenues en matière de « logiciels libres » (*open source*) ou de données libres (*creative commons*), à savoir que celui qui utilise de l'information libre doit à son tour faire bénéficier la communauté des traitements qu'il effectue sur elle dans des conditions qui peuvent aller jusqu'à la gratuité totale ; il est cependant probable que cette solution se heurte à de fortes réticences des acteurs des *Legaltechs*.

2) Le périmètre de l'open data : Comment envisager l'articulation du principe de diffusion des décisions de justice au public avec les droits fondamentaux, les garanties procédurales et les règles gouvernant la publicité des décisions ? Quel doit être, dans le respect des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique, le périmètre des décisions de justice diffusées au public (types de décisions concernées, types de contentieux, etc.) ? Quelle doit être l'étendue de l'exigence d'anonymisation des décisions mises à la disposition du public, et selon quelles modalités celle-ci doit-elle être réalisée (personnes concernées, données personnelles concernées, etc.) ? Quelle est, notamment, votre position au sujet de l'anonymisation du nom des juges ?

RÉPONSE

Après réflexion et hésitations, il me semble souhaitable que l'anonymat de toutes les personnes physiques ou morales citées dans les décisions publiées dans l'*open data* soit général et absolu.

Il devrait donc couvrir non seulement les parties mais aussi les magistrats et les auxiliaires de justice. Il n'est pas admissible que l'on puisse tracer les décisions d'un juge qui serait ainsi profilé, pas plus que l'activité d'un avocat dont on pourrait ainsi prétendre mesurer l'efficacité dans le traitement des dossiers.

Il va de soi que cela ne remet pas en cause les obligations légales ou réglementaires de faire figurer dans le texte initial de la décision les mentions obligatoires même si elles identifient des personnes.

Il s'agit seulement de ne publier dans l'*open data* que des décisions anonymes ce que la loi pour une République numérique permet d'ailleurs expressément.

Certes il restera toujours possible de consulter l'original de la décision, mais il y a fort à parier que les acteurs de l'*open data* ne le feront pas en raison des coûts de traitement disproportionnés que cela entraînerait.

Ajoutons que les techniques de profilage sont aujourd'hui tellement affinées qu'il sera sans doute possible de retrouver les décisions de tel juge à partir de la composition de la juridiction à la date de la décision rendue, mais l'État n'a ni raison, ni obligation de faciliter ce travail qui n'est pas nécessaire à une connaissance scientifique de la jurisprudence.

(On notera enfin que cet anonymat ne doit pas nuire à la lecture de la décision ce qui implique que les noms ne soient pas seulement caviardés mais remplacés par exemple par des initiales univoques.)

3) L'incidence de l'*open data* : La mise à disposition du public des décisions de première instance et d'appel – peu « visibles » à ce jour – pourrait-elle faire évoluer le rôle et la place de la jurisprudence dans l'ordonnement juridique ? Serait-elle renforcée, ou au contraire affaiblie, notamment par rapport aux autres sources de droit ? Cette mise à disposition du public est-elle de nature à affecter le rôle traditionnel de la doctrine et/ou le travail de recherche universitaire ? Les décisions de justice des juridictions du fond auraient-elles tendance à converger, ou des interprétations locales différenciées auraient-elles vocation à se maintenir ? Y'a-t-il, sur ces questions, une différence à établir entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire ?

La diffusion des noms des professionnels de justice – notamment les noms des magistrats ayant rendu les décisions – pourrait-elle modifier la perception de la jurisprudence rendue ? La possibilité d'identifier et d'objectiver la jurisprudence de chaque magistrat – qui n'existe pas pour le moment – pourrait-elle conduire à ré-interroger le rôle et la position institutionnelle du juge français ? Dans un système où les juges ne sont pas élus ou nommés dans le cadre d'un processus politique – au sein duquel ils ne bénéficient donc pas d'une légitimité liée à leur personne – plusieurs façons d'interpréter une même loi peuvent-elles co-exister ? Des jurisprudences individuelles hétérodoxes pourront-elles persister ? L'*open data* des décisions de justice vous semble-t-elle constituer un facteur d'appauvrissement ou d'enrichissement du droit ? Quels sont, d'une manière plus générale, les bénéfices et les risques liés à la diffusion des noms des professionnels de justice ?

RÉPONSE :

Cela fait beaucoup de questions en une. Je détaille :

a) « La mise à disposition du public des décisions de première instance et d'appel – peu « visibles » à ce jour – pourrait-elle faire évoluer le rôle et la place de la jurisprudence dans l'ordonnement juridique ? Serait-elle renforcée, ou au contraire affaiblie, notamment par rapport aux autres sources de droit ? »

Sur un plan « scientifique » (universitaire) c'est une question compliquée parce qu'on ne sait toujours pas ce qu'est exactement la jurisprudence.

Sur un plan pratique cela changera tout car pour le justiciable (ou son avocat) ce qui compte ce n'est pas ce que dit la loi mais ce que dira le juge que l'on pourra approximativement prédire. C'est déjà ce que les praticiens essaient de faire de manière empirique, y compris en prenant en compte leur connaissance personnelle des juridictions et des magistrats locaux (en particulier en matière pénale). On dit quelquefois en matière administrative qu'on obéit d'abord à la circulaire, puis au règlement, ensuite à la loi et éventuellement à tout ce qui est au-dessus. D'un point de vue pratique ce qui comptera c'est ce qui est jugé ici et maintenant et d'abord en première instance. On peut se demander si ce n'est pas alors plus une question de fait qu'une question de droit.

b) « Cette mise à disposition du public est-elle de nature à affecter le rôle traditionnel de la doctrine et/ou le travail de recherche universitaire ? »

Il faut le souhaiter mais ce ne sera pas simple. En-dehors de quelques expériences particulières la doctrine juridique ne sait pas travailler sur du quantitatif et même elle s'en méfie, laissant ça aux sociologues. Avec l'*open data* au moins elle ne pourra plus ignorer la question mais cela ne lui facilitera pas la vie.

Indépendamment des questions épistémologiques (...répétons le), il y aura une difficulté importante tenant au coût d'accès à l'information traitée. Faut-il rappeler au lecteur la grande misère de l'Université ? Dans quelles conditions les chercheurs pourront-ils accéder à l'*open data* si, comme il faut s'y attendre, il (ou elle ?) est entre les mains d'entreprises privées ? C'est un problème comparable à celui de l'accès aux « banques de données juridique » actuellement diffusées par des éditeurs juridiques. Les bibliothèques universitaires offrent généralement aux chercheurs et aux étudiants un accès gratuit à ces informations mais cela ne se fait pas sans tiraillements. Avec le traitement de l'*open data* le problème changera d'échelle.

La transposition, au moins partielle, de ce qui se fait en matière de logiciels libres dits *open source* (ou en matière de données pour les *creative commons*) à savoir que celui qui bénéficie d'une information libre et gratuite doit, à son tour, mettre à disposition librement et gratuitement le produit dérivé qu'il a créé avec, évoquée dans la réponse à la première question, serait évidemment une solution.

c) « Les décisions de justice des juridictions du fond auraient-elles tendance à converger, ou des interprétations locales différenciées auraient-elles vocation à se maintenir ? »

La loi doit être la même pour tous, donc il serait logique et souhaitable que les jurisprudences locales convergeassent. Des solutions différentes ne peuvent être justifiées que par des situations différentes.

d) « Y'a-t-il, sur ces questions, une différence à établir entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire ? »

Le soussigné n'a pas d'avis sur la question.

e) « La diffusion des noms des professionnels de justice – notamment les noms des magistrats ayant rendu les décisions – pourrait-elle modifier la perception de la jurisprudence rendue ? La possibilité d'identifier et d'objectiver la jurisprudence de chaque magistrat – qui n'existe pas pour le moment – pourrait-elle conduire à ré-interroger le rôle et la position institutionnelle du juge français ? »

La formulation de la question conforte le soussigné dans l'idée qu'il faut éviter de diffuser les noms des professionnels de justice. La justice est rendue au nom du peuple français.

f) « Dans un système où les juges ne sont pas élus ou nommés dans le cadre d'un processus politique – au sein duquel ils ne bénéficient donc pas d'une légitimité liée à leur personne – plusieurs façons d'interpréter une même loi peuvent-elles co-exister ? »

Pour moi, non, mais je suis un vieux jacobin.

g) « Des jurisprudences individuelles hétérodoxes pourront-elles persister ? »

Je ne comprends pas ce qu'est une « jurisprudence individuelle ». Voir le point c.

h) « L'*open data* des décisions de justice vous semble-t-elle constituer un facteur d'appauvrissement ou d'enrichissement du droit ? »

Un scientifique gagne toujours à mieux connaître l'objet de sa recherche, donc il ne peut déplorer de disposer de plus d'informations. Cela évitera de procéder de manière divinatoire en supposant ce que décident les juges sans connaître l'intégralité de leurs décisions.

Si la recherche juridique est scientifique elle doit souhaiter une meilleure connaissance du fait jurisprudentiel. Un biologiste se réjouit des progrès de la génétique et même de la découverte des techniques de manipulations. C'est au pouvoir politique de dire ce que l'on peut en faire.

i) « Quels sont, d'une manière plus générale, les bénéfices et les risques liés à la diffusion des noms des professionnels de justice ? »

J'ai déjà suffisamment parlé des risques, mais si j'étais une entreprise de Legaltech je sais bien quel profit je pourrais en tirer.

Contribution de Mme Anne DEBET

Professeure à l'Université Paris-V Descartes

Les enjeux de l'ouverture au public des décisions de justice

Quels sont pour vous les enjeux majeurs de l'ouverture au public des décisions de justice en matière de protection de la vie privée des personnes ?

L'*open data* judiciaire présente de fortes différences avec l'*open data* classique¹⁸⁹. D'une part, alors qu'une partie de l'*open data* classique porte sur des données qui peuvent ne pas être des données personnelles au sens de la loi Informatique et libertés ou sur des données qu'il est souvent possible d'anonymiser, tout en conservant l'intérêt de la base de données elle-même, cela est parfois difficile pour les décisions de justice. D'autre part, l'*open data* judiciaire porte sur des données dont la diffusion est particulièrement mal vécue par les personnes identifiées. La publication sur internet d'une décision de justice, surtout dans le domaine pénal, mais pas exclusivement, s'apparente souvent à une « mise au pilori » électronique des personnes concernées.

Deux logiques s'affrontent donc : celle des partisans d'un droit à l'information le plus large possible portant sur les décisions de justice dans le cas de l'*open data* judiciaire et celle des défenseurs du droit des personnes et, en particulier, du droit à la protection des données personnelles. La mise en œuvre de l'*open data* judiciaire est complexe puisqu'un équilibre doit être trouvé entre la volonté de transparence et d'accès aux données de la justice et les droits des personnes.

En outre, comme le souligne un auteur, le sujet a beaucoup évolué car la question de l'*open data* ne concerne plus seulement l'accès aux données mais aussi leur réutilisation de masse avec l'aide d'algorithmes¹⁹⁰. Les dangers de la réutilisation sont aussi grands, car celle-ci entraîne une perte de contrôle sur les données qui pourraient être transférées hors de l'Union européenne sans garanties appropriées¹⁹¹.

Comment envisager l'articulation du principe de diffusion des décisions de justice au public avec « le respect de la vie privée des personnes concernées », les garanties procédurales et les règles gouvernant la publicité des décisions ? Comment articuler le respect de la vie privée et la protection des données personnelles ; en quoi ces deux finalités se recoupent ou se séparent ? Quel doit être, dans le respect des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique, le périmètre des décisions de justice diffusées au public (types de décisions concernées, types de contentieux etc.) ?

L'*open data* judiciaire trouve ses fondements dans deux droits fondamentaux. D'une part, on relie bien évidemment l'*open data* judiciaire au caractère nécessairement public de la justice et au droit au procès équitable fondé sur l'article 6 CEDH¹⁹². La publicité des audiences, le caractère public des décisions de justice et la libre communication à toute personne qui en fait la demande des jugements et arrêts constituent des garanties fondamentales consacrées, notamment, par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et mises en œuvre, de longue date, par diverses dispositions du droit national

D'autre part, le droit à l'information des personnes et des juristes est aussi concerné. Peuvent ainsi être invoqués tant l'article 10 de la CEDH, que l'article 11 de la DDHC consacrant la liberté d'expression au secours de ce droit à l'information.

Face à lui sont évoqués le droit au respect de la vie privée et, parfois, le droit à l'oubli. En effet le droit au respect de la vie privée peut justifier une restriction à la publicité des décisions de justice. La jurisprudence de la CEDH est très éclairante sur ce point, puisque la Cour européenne a déjà condamné des Etats dans des hypothèses dans lesquelles les juridictions avaient choisi de ne pas anonymiser les arrêts. Dans un arrêt Z contre Finlande (25 février 1997, Requête n° 22009/93), il s'agissait d'une procédure pénale révélant la séropositivité de l'épouse d'un homme poursuivi et condamné pour viol. La Cour estime que la publication critiquée ne se justifiait pas par quelque motif impérieux que ce soit. Dès lors, la publication de ces informations a porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante, garanti par l'article 8. La CEDH relève d'ailleurs que la Cour d'appel avait le pouvoir, premièrement, de ne pas mentionner dans son arrêt de noms permettant d'identifier la requérante et, deuxièmement, de décider que l'exposé complet des motifs resterait confidentiel pendant une période donnée et de publier à la place une version abrégée de la motivation et du dispositif et une référence succincte à la législation appliquée (§ 113).

189/ La contribution reprend, avec d'autres éléments, quelques parties d'une contribution au colloque de la Cour de cassation sur l'*open data* judiciaire (Anne Debet, « Données personnelles, droit à l'oubli et droit à l'information du public », JCP G 2017, suppl. au n° 5 du 30 janvier 2017, Étude 9).

190/ V. en ce sens : E. Geffray, « L'ouverture des données judiciaires, attentes et initiatives, Anonymisation et pseudonymisation, quelle exigence pour quelle protection ? », JCP G 2017, suppl. au n° 5 du 30 janvier 2017, Étude 10.

191/ V. en ce sens : Nathalie Metallinos, « Ouverture des bases de données de jurisprudence et données sensibles : Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence ? », JCP G 2017, suppl. au n° 5 du 30 janvier 2017, Étude 11.

192/ Sur ce point, v. S. Roure, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public » : RFD constit. 2006, p. 736, spéc. p. 762.

La juridiction strasbourgeoise va assez loin dans ses exigences s'agissant de l'article 8 : non seulement remplacement des noms et prénoms par des lettres – comme cela peut être le cas sur la base Légifrance – mais aussi suppression d'une partie de la décision qui permettrait d'identifier la personne. **Elle estime donc que c'est à la juridiction dès qu'elle rend sa décision de se prononcer sur cette éventuelle publicité.**

Dans un autre arrêt du 6 octobre 2009 (C. C. c. Espagne, req. n° Requête n° 1425/06), la CEDH ne décèle pas l'existence d'un « *aspect primordial de l'intérêt public* » (§ 33) qui justifiait « la publication de l'identité d'une personne en toutes lettres en rapport avec son état de santé dans un jugement ». Le retrait du nom du requérant au sein de la décision judiciaire – portant sur un litige opposant le requérant et sa compagnie d'assurance et révélant sa séropositivité – était possible selon le droit espagnol (limitation de l'accès à la décision par le greffe et possibilité de faire figurer uniquement les initiales de la partie dans le jugement).

En ce qui concerne les questions relatives à l'accessibilité au public de données à caractère personnel, la Cour reconnaît qu'il convient d'accorder aux autorités nationales compétentes une certaine latitude pour établir un juste équilibre entre la protection de la publicité des procédures judiciaires, nécessaire pour préserver la confiance dans les cours et tribunaux, d'une part, et celle des intérêts d'une partie ou d'une tierce personne à voir de telles données rester confidentielles, d'autre part. L'ampleur de la marge d'appréciation en la matière est fonction de facteurs tels que la nature et l'importance des intérêts en jeu et la gravité de l'ingérence. **On peut, malgré cette marge d'appréciation, imaginer une condamnation de la CEDH sur le fondement d'une possible réidentification des personnes dans une décision contenant des données sensibles (en particulier des données de santé) non correctement anonymisées.**

Les articles 20 et 21 (présentés infra) de la loi pour la confiance dans l'économie numérique tentent de trouver un équilibre entre la nécessité de la publicité des décisions de justice et le droit au respect de la vie privée. Un auteur propose d'adopter des règles plus précises quant à la publicité « des décisions (comme les règles interdisant la publicité de certaines décisions de justice, telles celles non définitives rendues en matière pénale, les ordonnances de désistement, sauvegarde l'honneur du débiteur qui a pu payer ses dettes)¹⁹³... », notamment parce que les règles encadrant la seule réutilisation seraient insuffisantes et viendraient trop tard dans le processus. Dans le domaine informatique et libertés, de telles règles seraient, à l'évidence, susceptibles de concerner les données sensibles de l'article 8 de la loi informatique et libertés (données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci) – article 9 RGPD- et les données relatives aux infractions de l'article 9 - article 10 RGPD (Règlement général sur la protection des données¹⁹⁴ - ci après RGPD). S'il est difficile de fixer, à l'avance, les catégories de décisions susceptibles de contenir des données sensibles, en revanche des règles spécifiques pourraient être facilement fixées s'agissant des décisions en matière pénale. Les études relatives aux risques de réidentification prévues par la loi devraient ainsi mettre un accent particulier sur ces données.

Comment interpréter les exigences européennes en matière de protection des données à caractère personnel (notamment celles issues du nouveau règlement sur la protection des données à caractère personnel) et nationales (notamment celles issues de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique) afin d'établir un cadre de mise à disposition des décisions de justice qui y soit conforme ?

Et notamment :

- quelle doit être, au regard du cadre juridique national et européen, l'étendue de l'exigence d'« anonymisation » des décisions mises à la disposition du public, et selon quelles modalités celle-ci doit-elle être réalisée (personnes concernées, données personnelles concernées etc.) ? Selon quels principes et quelles méthodes apprécier le risque de ré-identification des personnes ? Selon quels moyens en assurer la maîtrise ?

L'anonymisation doit être conforme aux exigences posées par la loi informatique et libertés et par le RGPD. Le considérant 26 du texte définit les données anonymes comme les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, (...) les données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable. Il ne doit pas s'agir d'une simple pseudonymisation, définie par le RGPD comme « le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable » (article 4, 5 RGPD) dont la fonction est de réduire les risques pour les personnes concernées et d'aider les responsables du traitement et les sous-traitants à remplir leurs obligations en matière de protection des données.

193/V. N. Metallinos, art. préc.

194/ PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 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, art. 4 : JOUE n° L 119, 4 mai 2016.

Sur la question des procédés d’anonymisation, il est renvoyé à un auteur¹⁹⁵ développant ce point précis et affirmant qu’il « apparaît pour le moins possible d’améliorer considérablement les procédés d’anonymisation actuellement utilisés, tant sur le plan de la méthode que par le recours à des moyens automatisés. Les travaux de recherche¹⁹⁶ ont déjà mis en évidence les critères permettant de bâtir une méthodologie. Plusieurs pistes semblent envisageables : la mise en place d’arbres décisionnels qui aboutissent à la mise en données ouvertes, le respect des règles de publicité, le calcul automatisé des scores de sensibilité des données (...). Cette automatisation devant permettre une remontée d’alertes sur les cas où une intervention humaine est nécessaire pour indexer de manière appropriée la décision et occulter certaines parties». Cette amélioration a néanmoins un coût et un budget conséquent doit y être consacré.

– *le cadre juridique de protection des données à caractère personnel national et européen est-il susceptible d’admettre des exceptions ou des aménagements particuliers qui pourraient s’appliquer à la diffusion des décisions de justice ?*

Sur le cadre juridique français deux régimes doivent être étudiés :

Le régime de l’accès aux données

S’agissant de l’accès aux données, les règles de l’*open data* « classique » et les règles de l’*open data* « judiciaire » ne sont pas les mêmes.

Pour l’*open data* « classique », il est prévu que « *Sauf dispositions législatives contraires ou si les personnes intéressées ont donné leur accord, lorsque les documents (...) comportent des données à caractère personnel, ils ne peuvent être rendus publics qu’après avoir fait l’objet d’un traitement permettant de rendre impossible l’identification de ces personnes. Une liste des catégories de documents pouvant être rendus publics sans avoir fait l’objet du traitement susmentionné est fixée par décret pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l’informatique et des libertés* » (article L. 312-1-2 CRPA).

Pour l’*open data* judiciaire, le Code de l’organisation judiciaire – et des dispositions similaires figurent à l’article L. 10 du Code de justice administrative – dispose désormais que « *[s]ans préjudice des dispositions particulières qui régissent l’accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. Cette mise à disposition du public est précédée d’une analyse du risque de ré-identification des personnes* » (COJ, art. L. 111-13, al. 1 et 2). L’absence de référence à la loi informatique et libertés implique que le législateur a voulu écarter celle-ci dans cette hypothèse à partir du moment où le droit au respect de la vie privée des personnes est respectée et où une analyse du risque de ré-identification a été faite, ce qui n’est pas très exigeant. Une précision aurait sans doute été la bienvenue sur ce point.

Le régime de la réutilisation des données

S’agissant de la réutilisation des données dans le cadre de l’*open data* judiciaire, un renvoi est fait aux règles relatives à la réutilisation des données publiques (« *articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l’administration* ») et, en particulier, à L. 322-2 selon lequel « *la réutilisation d’informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés* ». En conséquence, deux situations peuvent exister.

• *Soit les données sont réellement anonymisées, ce qui veut dire qu’il n’existe aucun moyen de réidentification de personnes, les dispositions de la Loi informatique et libertés et du RGPD ne s’appliquent pas.*

On rappellera ici que la qualification de donnée à caractère personnel est appelée à évoluer après l’entrée en vigueur du RGPD en mai 2018. En effet, l’approche française est, pour le moment, une approche objective : il y a une donnée personnelle chaque fois qu’il y a une possibilité de réidentification et il suffit de cette possibilité existe, même si elle est très lointaine (V. ainsi la position de la CNIL et du CE dans l’affaire Decaux sur l’analyse des flux piétons¹⁹⁷). L’approche européenne, celle du Règlement mais celle aussi de la CJUE dans l’arrêt Breyer¹⁹⁸, privilégie une approche subjective. Il est ainsi précisé dans un considérant du Règlement que « pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l’ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d’être utilisés » et, en particulier, « *le coût de l’identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l’évolution de celles-ci* » (26^e considérant). Il reste néanmoins que la définition est large et que les possibilités de réidentification dans les décisions de justice peuvent être nombreuses.

195/ N. Metallinos, art. préc., spéc. p. 47 et 48.

196/ Voir les références citées par l’auteur et non reproduites ici.

197/ CE, 10^e et 9^e ch., 8 févr. 2017, n° 393714, sur lequel v. : « Anonymisation et pseudonymisation - Le Conseil d’État enterre l’analyse des flux piétons via wifi », *Comm. com. électr.* 2017, comm. 37, obs. N. Metallinos et CNIL, *délib. n° 2015-255, 16 juill. 2015* refusant la mise en œuvre par la société JCDecaux d’un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité de tester une méthodologie d’estimation quantitative des flux piétons sur la dalle de la Défense [demande d’autorisation n° 1833589] : *Comm. com. électr.* 2016, comm. 55, obs. N. Metallinos.

198/ CJUE, question préjudicielle, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland, *Comm. com. électr.* 2016, comm. 104, note N. Metallinos.

• *Soit les données ne sont pas réellement anonymisées, ce sont des données à caractère personnel et l'application de la loi informatique et libertés suscite de nombreuses difficultés*

La question de l'application de la loi Informatique et libertés se posera donc dans les hypothèses où l'anonymisation est imparfaite. Or, de nombreuses dispositions sont susceptibles de susciter des difficultés. Il faut en mentionner certaines qu'il s'agisse des conditions générales des traitements des données (*L. n° 78-17, art. 6 et 7 et art. 22 et s.*, sur les formalités préalables), des conditions spécifiques (*L. n° 78-17, art. 8 et 9*) ou des droits des personnes (*L. n° 78-17, art. 32 et art. 38 et s.*).

S'agissant des grands principes régissant le traitement des données contenus aujourd'hui à l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et demain à l'article 5 du règlement, plusieurs principes semblent poser des difficultés. La première question concerne le respect du principe de finalité contenu dans ces articles. Une base de données de jurisprudence destinée à permettre l'accès aux décisions de justice dans un but de transparence et d'étude doctrinale pourrait être utilisée pour établir, par exemple, un modèle prédictif sur les décisions des juridictions (v. sur l'utilisation des données pour une autre finalité, l'article 6,4 RGPD). Un autre principe semble poser problème : celui relatif à la limitation de la durée de conservation figurant au 5^e alinéa de l'article 6 de la loi¹⁹⁹. L'intérêt des bases de données de jurisprudence est de pouvoir conserver les décisions le plus longtemps possible, aucune durée spécifique n'est donc fixée.

S'agissant de la liste des fondements susceptibles de légitimer un traitement, figurant à l'article 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, il semble qu'il faille distinguer les juridictions, organismes publics et les éditeurs et structures privés. En effet, l'alinéa 3 de l'article 7 permet à l'évidence la constitution de bases de données par les juridictions²⁰⁰ (dans la mesure où la loi informatique et libertés leur serait applicable, cf supra car il s'agit plutôt ici d'une hypothèse de diffusion des données que de réutilisation). Il permet même la constitution, sous une forme nominative, de bases de données de jurisprudence par les juridictions ayant prononcé les décisions pour un usage strictement interne dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'une mission de service public, même si la CNIL ne le dit pas explicitement dans ses délibérations sur les bases JuriCA et Jurinet²⁰¹. La CNIL a aussi estimé dans son bilan de 2006 de sa délibération du 29 novembre 2001 que la constitution de bases de données jurisprudentielles, diffusées en accès restreint sur internet ou sur CD-Rom, par les éditeurs, répondait à un intérêt légitime des responsables de ces traitements (*au sens de L. n° 78-17, art. 7, 5°*), si elle n'était pas de nature à méconnaître les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée²⁰².

S'agissant des formalités préalables qui vont, sans doute, disparaître en mai 2018 avec l'entrée en vigueur du règlement européen (il convient néanmoins au vu des marges d'appréciations nationales d'attendre la loi nationale d'intégration sur ce point), elles varieront en fonction des données contenues dans le traitement, ce qui revient à examiner les règles spécifiques – données sensibles et données relatives aux infractions – de traitement des données²⁰³. Sur le traitement de données sensibles (*L. n° 78-17, art. 8*) - données de santé, données relatives à des contentieux de discrimination - par exemple, les juridictions peuvent sans doute invoquer l'article 8, 5° concernant les traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice, ou bien l'article 8, IV concernant un intérêt public. Pour les éditeurs privés, la question est plus délicate ; la même exception est-elle susceptible d'être invoquée ? Un intérêt public (au sens de l'article 8, IV), l'accès au droit, pourrait sans doute justifier les traitements faits par les éditeurs, mais il faudrait alors, en l'état actuel du droit une autorisation de la CNIL.

La situation est encore plus compliquée s'agissant du traitement des données relatives aux infractions prévues à l'article 9 de la loi Informatique et libertés²⁰⁴. En effet, seules les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales (*L. n° 78-17, art. 9, 1°*), les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi (*L. n° 78-17, art. 9, 2°*) et les organismes professionnels et sociétés représentant les auteurs dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon (*L. n° 78-17, art. 9, 3°*) peuvent traiter des données relatives aux infractions. À ces trois catégories s'ajoutent aussi les personnes dans le cadre d'un contentieux, cas envisagé par une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 juillet 2004 sur la loi Informatique et libertés²⁰⁵, réserve elle-même interprétée de manière très extensive par la CNIL²⁰⁶. Enfin, bien que l'article 9 soit muet sur cette question, contrairement à l'ancien article 30, il faut évoquer aussi l'existence de dispositions législatives contraires, c'est-à-dire de lois permettant de traiter des infractions.

199/ *L. n° 78-17, art. 6, al. 5* : « Les données sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ».

200/ *L. n° 78-17, art. 7, 3°* : « L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ».

201/ CNIL, *délib. n° 2012-246, 19 juill. 2012 autorisant la Cour de Cassation à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la constitution de la base de jurisprudence JuriCA et CNIL, délib. n° 2012-245, 19 juill. 2012 autorisant la Cour de Cassation à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la constitution de la base de jurisprudence Jurinet.*

202/ CNIL, *Bilan de l'application de la recommandation du 29 novembre 2001.*

203/ On peut relever que les bases de données JuriCA et Jurinet précitées ont fait l'objet de deux autorisations sur le fondement de l'article 25, I, 3° de la loi n° 78-17 de la loi du 6 janvier 1978 concernant le traitement de données relatives aux infractions, V. CNIL, *délib. n° 2012-245 et n° 2012-246.*

204/ Sur cette question, V. A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *Informatique et libertés, La protection des données à caractère personnel en droit français et européen* : Lextenso éd., les intégrales, 2015.

205/ *Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-499 DC sur la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*

206/ V. par ex., CNIL, *délib. n° 2008-491, 11 déc. 2008 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion précontentieuse des infractions constatées par les commerçants sur les lieux de vente.*

De plus, la portée de l'interdiction de traiter des données relatives aux infractions est large puisque le Conseil d'État a fait une interprétation très extensive de l'article 30, ancêtre de l'article 9, et a considéré, dans une affaire Infobail de 2004²⁰⁷, relative notamment à la constitution d'un fichier de locataires auteurs d'impayés locatifs, que l'article 30 faisait « *obstacle à la diffusion par voie électronique d'informations nominatives relatives à des jugements ayant prononcé la condamnation d'un débiteur au paiement d'une créance locative* ». Les condamnations visées par cet article sont pour le Conseil d'État tant civiles que pénales, ce qui étend beaucoup le champ d'application de l'actuel article 9. Le règlement général sur la protection des données a le mérite dans son article 10 de ne viser que le « *traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes* ».

Les juridictions et autres organismes publics intervenant dans le cadre du service public de l'accès au droit entrent bien dans le cadre de l'article 9, 2° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. En revanche, tel n'est pas le cas des éditeurs. Faut-il considérer que les nouvelles dispositions du Code de l'organisation judiciaire et du Code de justice administrative constituent des dispositions légales autorisant les éditeurs privés à créer un traitement de données relatives aux infractions ? Il s'agit tout de même d'une interprétation plutôt extensive des textes et **la question du fondement sur lequel les éditeurs privés peuvent traiter de données relatives aux infractions se pose aujourd'hui**.

S'agissant des droits des personnes, le droit à l'information semble pouvoir être écarté sur le fondement de l'article 32, III de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée, qui dispose qu'en cas de collecte indirecte des données, celui-ci ne s'applique pas lorsque l'accès à l'information se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche. La CNIL l'a admis dans ses délibérations n° 2012-245 et n° 2012-246 du 19 juillet 2012 précitées concernant les bases de jurisprudence JuriCA et Jurinet. Il conviendrait néanmoins d'informer les justiciables sur l'existence de ces bases de données et peut-être de permettre un exercice du droit de rectification ou d'opposition, le droit d'accès s'exerçant directement par accès à la jurisprudence en ligne.

Le droit d'opposition ne trouve cependant pas nécessairement à s'exercer s'agissant des bases de données des juridictions et des pouvoirs publics (*L. n° 78-17, art. 38, al. 2* : traitement qui répond à une obligation légale) comme l'a constaté la CNIL dans ses délibérations n° 2012-245 et n° 2012-246 précitées (quant à la mise en œuvre des traitements répondant aux exigences du Code de l'organisation judiciaire). Cependant, ce droit peut être exercé s'agissant des décisions publiées sur le site Legifrance²⁰⁸. Il devrait être prévu pour les bases de jurisprudence privées (possibilité de demander une anonymisation plus poussée si une personne est susceptible d'être réidentifiée dans une décision).

L'ensemble de ces développements montre qu'il est peut-être nécessaire de prévoir une disposition spécifique (à l'instar de l'article 67 pour la presse et l'expression littéraire et artistique) pour la réutilisation des bases de données de jurisprudence (notamment au regard des articles 8 et 9 de la LIL précités).

Le cadre européen : RGPD

Le règlement ne contient pas de dispositions spécifiques sur l'*open data* judiciaire, hors l'article 86 (Traitement et accès du public aux documents officiels) – article très général relatif à l'*open data* - qui dispose que « Les données à caractère personnel figurant dans des documents officiels détenus par une autorité publique ou par un organisme public ou un organisme privé pour l'exécution d'une mission d'intérêt public peuvent être communiquées par ladite autorité ou ledit organisme conformément au droit de l'Union ou au droit de l'État membre auquel est soumis l'autorité publique ou l'organisme public, afin de concilier le droit d'accès du public aux documents officiels et le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement ». Cette disposition est donc très vague et renvoie aux droits nationaux et au droit de l'Union.

On peut aussi référer à l'article 10 qui dispose que le traitement des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux infractions ou aux mesures de sûreté connexes (...), ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique, ou si le traitement est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées. **Cette disposition laisse donc une marge de manœuvre à l'État pour préciser ce régime, dans l'hypothèse où les bases de données ne seraient pas totalement anonymisées** (possibilité de conserver un régime d'autorisation préalable ?). Il faut aussi préciser que l'article 23 RGPD laisse aux États la possibilité d'établir d'autres types de dérogation pour des objectifs importants d'intérêt public général ou pour des motifs de sauvegarde de l'indépendance de la justice et des procédures judiciaires. **Il pourrait être utile de prévoir une disposition spécifique dans la loi d'intégration du Règlement sur le traitement des données sensibles et des données relatives aux infractions pour conserver ou modifier les dispositions actuelles.**

207/ CE, 28 juill. 2004, n° 262851, Infobail : Lebon, p. 355.

208/ A. 9 oct. 2002, art. 5 relatif au site internet de Legifrance.

– les recommandations établies par la CNIL en matière de diffusion des décisions de justice (notamment sa délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001) vous paraissent-elles pouvoir être maintenues, dans leur économie générale, au sein du nouveau cadre juridique national et européen ? Si des évolutions sont nécessaires, quelles doivent en être les principales lignes directrices ?

La position de la CNIL adoptée en 2001 doit être présentée. Cette position ne semble pas très exigeante au regard des règles de la protection des données et ne pourra donc sans doute pas être maintenue. La CNIL avait publié le 29 novembre 2001 sa recommandation²⁰⁹, afin de concilier les différents droits qui s'affrontaient. Elle a ensuite continué à réfléchir sur ces questions en rédigeant en 2006 un bilan de l'application de la recommandation de 2001²¹⁰, contenant de nombreuses précisions. Trois règles avaient alors été posées :

- **Le refus d'une anonymisation à la demande** – La CNIL avait affirmé dans sa recommandation du 29 novembre 2001, ce qu'elle confirma en 2006, qu'il n'était pas possible de poser un principe d'anonymisation à la demande de la personne exerçant son droit d'opposition. Cette anonymisation devant être mise en œuvre spontanément par les éditeurs de ces bases. En 2006, elle relie cette exigence au nouvel article 7 de la loi Informatique et libertés.
- **L'exigence d'anonymisation des décisions en accès libre** – La CNIL avait recommandé que le nom et l'adresse des parties et des témoins, dans tous les jugements et arrêts librement accessibles sur internet, soient occultés à l'initiative du diffuseur et sans que les personnes concernées aient à accomplir de démarche particulière.
- **La suppression de la seule adresse des parties pour les bases de données à accès restreint** – Pour les sites spécialisés en accès restreint et les CD-Rom de jurisprudence, la seule exigence posée était la suppression de la mention de l'adresse des parties – qui n'était d'aucune utilité documentaire et qui pouvait permettre de localiser la personne concernée. La CNIL insistait néanmoins sur le fait que cette position minimaliste ne permettait pas aux éditeurs juridiques qui faisaient figurer le nom des parties de s'exonérer du respect de la loi Informatique et libertés à laquelle ils étaient soumis, en particulier les règles relatives au traitement de données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté (*L. n° 78-17, art. 30*, en vigueur en 2001 et *L. n° 78-17, art. 9*, en vigueur en 2006), ainsi que celles relatives aux données sensibles (*L. n° 78-17, art. 31*, en vigueur en 2001 et *L. n° 78-17, art. 9*, en vigueur en 2006). La recommandation de la CNIL pouvait sembler peu contraignante pour les éditeurs juridiques de bases de données, en particulier pour les éditeurs de bases à accès restreint. Dans les faits, il était en réalité difficile pour ces derniers d'« anonymiser » sélectivement les décisions rendues en matière pénale ou contenant des données sensibles et nombreux sont ceux qui avaient choisi de supprimer entièrement les noms de famille des parties et des témoins, comme pour les bases en accès libre.

D'une manière générale, il faut souligner plus fondamentalement que la CNIL s'est contentée d'une « anonymisation » qui n'en était pas une, même pour les bases en accès libre, semblant considérer que, à partir du moment où le nom des personnes disparaissait, la loi Informatique et libertés n'avait pas à s'appliquer. Or, les données figurant dans les décisions de justice peuvent être des données à caractère personnel, quand bien même les nom et prénoms de la personne n'y figureraient plus et enlever les nom et prénoms des personnes ne constitue pas une réelle « anonymisation » au sens de la loi Informatique et libertés et du RGPD (Cf. *supra*). Des milliers d'exemples de cette possibilité de ré-identification peuvent être trouvés dans les bases de données jurisprudentielles, ce qui montre la difficulté de l'anonymisation des jugements. Il ne semble donc pas possible de maintenir la position de la CNIL en date de 2001. La CNIL semble, elle-même, avoir évolué sur le sujet.

S'agissant des bases de données de jurisprudence, dans un « caveat » élaboré par la DILA, Etalab et la CNIL, le cadre juridique applicable à la réutilisation de ces jeux de données a d'ailleurs été précisé²¹¹. Ce « caveat » rappelle en particulier aux réutilisateurs que, dès lors qu'un jeu de données a fait l'objet d'une anonymisation totale ou partielle (ex. : remplacement du nom et du prénom par des lettres), la réutilisation, notamment dans le cadre de croisements de données, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de réidentifier les personnes. Par ailleurs, les réutilisateurs de jeux de données comprenant **des données directement ou indirectement identifiantes** (ce qui peut être le cas de données désidentifiées comme celles figurant dans les bases de jurisprudence en conformité avec les recommandations de la CNIL de 2001) restent soumis à l'ensemble des principes de la loi « Informatique et Libertés » :

- finalité,
- mise à jour et de durée de conservation des données,
- droits d'accès,
- droit de rectification et d'opposition pour les personnes concernées à l'égard des traitements ultérieurs,
- ainsi qu'à l'obligation d'effectuer des formalités auprès de la CNIL (déclaration ou autorisation).

209/ CNIL, délib. n° 01-057, 29 nov. 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

210/ CNIL, Bilan de l'application de la recommandation du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice, 19 janv. 2006 : disponible en ligne sur le site de la CNIL.

211/ Communiqué de la CNIL, 16 septembre 2015, <https://www.cnil.fr/fr/ouverture-des-jeux-de-donnees-de-jurisprudence-de-legifrance>.

Contribution de Mme Pascale DEUMIER

Professeur à l'Université Lyon-III

I. Les enjeux de l'ouverture au public des décisions de justice

1) Les acteurs de l'open data : Quels sont pour vous les enjeux majeurs (bénéfices attendus, risques associés, etc.) de l'ouverture des décisions de justice ? Comment envisager les rôles respectifs des différents acteurs de cette mise à disposition ? Dans quelles conditions ces acteurs doivent-ils assurer l'accès, la détention et la gestion de ces données ? Quels vecteurs doivent être employés pour assurer la mise à disposition du public des décisions ?

Les enjeux de l'ouverture – Les enjeux majeurs sont connus²¹² et peut-être parfois un peu survalorisés. Faut de la moindre étude d'impact pour une réforme introduite par amendement l'avant-veille de sa discussion en séance publique²¹³, l'évaluation des enjeux est souvent appuyée sur des arguments d'évidence²¹⁴. Ils peuvent être synthétisés autour de trois grandes considérations, qui reposent sur l'intérêt des citoyens, de la justice ou de l'économie numérique. Tout d'abord, la transparence apporterait un surcroît de confiance des justiciables dans la justice : l'affirmation s'inscrit dans la faveur contemporaine pour la transparence, sans qu'il soit démontré que la mise à disposition libre ou ouverte des décisions de justice, en tant que telle, sera exploitée par les citoyens ou que ceux accédant aux décisions, pour part difficiles à comprendre sans conseil, en tirent un surcroît de confiance. Ensuite, la mise à disposition des décisions permettrait une meilleure connaissance des décisions du fond et, par là, l'harmonisation des pratiques juridictionnelles. Il est possible d'interroger ces deux premières vertus prêtées à l'ouverture des décisions. En effet, une large sélection des décisions du fond est déjà accessible, à tous via Légifrance, aux magistrats (ou autres à certaines conditions²¹⁵) via JuriCa. Or, il ne semble pas que ce premier degré d'accès à la connaissance ait produit un regain de confiance citoyenne ou un effet d'harmonisation sur les décisions du fond. Il est possible d'objecter que, si l'accès existant aux décisions du fond n'a pas produit d'effet, c'est du fait de la difficulté de manier cette « jurisprudence massive »²¹⁶. C'est alors que les enjeux de l'open data sont aussi, et peut-être surtout, ceux de leur rencontre avec l'économie numérique. En effet et enfin, l'ouverture des décisions va permettre le développement de l'économie numérique. Les amendements ayant introduit l'open data des décisions de justice sont dépourvus d'ambiguïté sur leur objectif privilégié²¹⁷. Il est effectivement plus difficile de mettre en doute le fait que l'open data va permettre un tel développement du marché mais il est possible de le relativiser : les legal tech se développent déjà, et avec elles les logiciels de justice prédictive, sur la base déjà conséquente des décisions récoltées. Cette exploitation par algorithme de la jurisprudence du fond, telle qu'elle existe déjà et telle que l'open data pourra l'amplifier, est à son tour porteuse de deux grandes promesses : faciliter les règlements amiables et harmoniser les décisions du fond. Le premier point reste à vérifier et pourrait déjà l'être partiellement par le retour d'expérience des barreaux et cabinets qui expérimentent ces logiciels depuis plusieurs mois : peuvent-ils faire état d'une augmentation des résolutions amiables²¹⁸ ?

212/ Ex., ils sont bien synthétisés par cet extrait d'un entretien du Premier Président Louvel au Point mis en exergue sur le site de la Cour de cassation : « *Il y a pour cela un espoir qui se dessine : celui du « Big Data » de la justice. J'espère qu'un jour l'ensemble de la production jurisprudentielle française sera en ligne et accessible à tous. 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.* » Bertrand Louvel, Le Point, 06.04.16.

213/ Le rapporteur de la Commission des lois du Sénat soulignera l'absence d'information sur les moyens budgétaires prévus et sur les risques de ré-identification et regrettera que la date du dépôt ne lui ait pas permis d'entendre les juridictions sur ce point, C.-A. Frassa, séance publique du 27 avril 2016 ; A. Lemaire expliquera ce dépôt par les discussions avec la Chancellerie ; l'insuffisante prise en compte des risques de l'open data des décisions a, déjà, abouti à préconiser une nouvelle intervention législative pour « Fixer un cadre juridique et déontologique plus précis et approprié pour la mise à disposition du public des décisions de justice » (Sénat, Rapport d'information n° 495, Cinq ans pour sauver la justice I, prés. Ph. Bas, prop. n° 43 et l'article 6 de la proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice, 18 juillet 2017, adoptée en première lecture par le Sénat le 24 octobre 2017).

214/ Ex., Mme Bouchoux, présentant des amendements similaires à ceux du gouvernement, Sénat, séance du 27 avril 2016 : « De toute évidence, l'accès à la jurisprudence devrait contribuer à accroître la transparence, la connaissance et le savoir des citoyens, et à renforcer leur confiance dans la justice et les institutions (...) Je propose simplement que l'on rattrape le temps perdu, tout en veillant évidemment à la protection des données personnelles. »

215/ V. S. Bories, « JuriCa : un outil de communication et de recherche », D. 2011. 1242.

216/ M.-A. Frison-Roche et S. Bories, « La jurisprudence massive », D. 1993 chron. 287.

217/ Amendement 581 et 582, objet : « La mise à disposition de données est un ferment fort de développement de nouveaux services en ligne. (...) La mise en place de base de données permettra la création de référentiels et d'instruments de « prédictivité » qui favoriseront le règlement amiable des litiges notamment en matière de réparation. ». Ils s'inscrivent ici dans le prolongement de l'objectif principalement poursuivi par le droit de l'UE en la matière, quand les logiques de transparence et d'efficacité des institutions dominent aux EUA, v. W. Gilles, in La jurisprudence dans le mouvement de l'open data, colloque organisé par la Cour de cassation et l'ADIJ, publié au JCP, supplément au n° du 27 février 2017 et accessible sur le site de la Cour de cassation.

218/ Ex. A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G 2017, doctr. 31, n° 18, « le public est plus rassuré par une vérité établie mathématiquement et scientifiquement que par une décision humaine, fût-elle entourée des garanties procédurales. Les candidats au divorce par exemple s'inclinent plus volontiers devant une statistique leur indiquant un certain montant de prestation compensatoire que devant une ordonnance d'un juge. »

Les acteurs institutionnels et les entreprises sont-ils plus réceptifs à cette évaluation des chances de succès que les particuliers, dont les ressorts processuels ne relèvent pas tous d'un calcul rationnel ? Nous reviendrons ultérieurement sur l'argument de l'harmonisation (v. p. 11 s.). Il est toutefois possible d'estimer que, hors le développement d'un nouveau marché, les enjeux mis en avant semblent peu étayés. En outre, ils s'accompagnent d'un silence fréquent sur les utilisations non souhaitées des décisions : en effet, l'*open data* peut également permettre de développer des stratégies judiciaires de contournement dans la perspective du choix de son juge²¹⁹ ou des recherches sur le passé contentieux d'un futur locataire, salarié, voisin, etc.

Enjeux, acteurs et périmètre – Dans la mesure où il est désormais question de trouver le meilleur équilibre entre les vertus de l'*open data*, la protection des données personnelles et l'impact sur l'office du juge et les professions du droit, il importe de clarifier les objectifs que l'on souhaite réaliser car d'eux découlent les acteurs, vecteurs et périmètre. Or les différents objectifs ne s'accordent pas si harmonieusement que la présentation parfois faite ne le laisse penser. Le recensement des différents enjeux selon les catégories d'acteurs opéré par le Livre Blanc sur l'*open data* jurisprudentiel est très instructif²²⁰. Par exemple, l'intérêt de l'*open data* pour les justiciables passe nécessairement par les legaltech, si l'on veut bien considérer qu'ils n'iront pas dépouiller par eux-mêmes la masse de décisions de justice : il faut alors s'interroger sur l'accès qui leur sera offert aux outils utilisés par les acteurs les plus puissants économiquement. L'ouverture gratuite de l'accès aux décisions de justice, inexploitable à l'échelle individuelle, est dès lors une ouverture aux développeurs d'algorithmes et à un service payant de recherche juridique ou justice prédictive. L'amélioration de la justice et la confiance que lui portent les citoyens implique peut-être que tous aient accès à des outils de justice prédictive, en développant par exemple le simulateur actuellement proposé par justice.fr – ce qui n'ira pas nécessairement dans le sens de l'objectif d'un nouveau marché.

Intérêt pour la justice et intérêt pour l'économie numérique peuvent également entrer en tension, notamment à l'égard du périmètre de la diffusion. Comme l'a relevé Jean-Paul Jean, si la finalité de l'*open data* est une harmonisation et une accessibilité accrue de la jurisprudence, la révélation des noms des magistrats et avocats est inutile²²¹. Si, à l'inverse, la finalité est le développement d'une justice prédictive plus affinée, elle devrait pouvoir intégrer les prédictions en fonction des juges. De la même manière, la volonté d'une meilleure connaissance des jurisprudences du fond peut être facilitée par la sélection des seules décisions intéressantes quand les legaltech privilégient l'effet de masse²²².

2) Le périmètre de l'open data : Comment envisager l'articulation du principe de diffusion des décisions de justice au public avec les droits fondamentaux, les garanties procédurales et les règles gouvernant la publicité des décisions ? Quel doit être, dans le respect des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique, le périmètre des décisions de justice diffusées au public (types de décisions concernées, types de contentieux, etc.) ? Quelle doit être l'étendue de l'exigence d'anonymisation des décisions mises à la disposition du public, et selon quelles modalités celle-ci doit-elle être réalisée (personnes concernées, données personnelles concernées, etc.) ? Quelle est, notamment, votre position au sujet de l'anonymisation du nom des juges ?

La diffusion des décisions au public doit trouver son point d'équilibre entre la lisibilité de la décision et les risques d'utilisation attentatoire aux droits fondamentaux, dont on sait qu'ils ne sont pas écartés par la seule anonymisation des noms et adresses des témoins et parties²²³. Une fois énoncée cette banalité, il m'est difficile de formuler des réponses utiles aux questions posées sur les décisions et données concernées par le périmètre : l'immensité du champ (tous les contentieux et toutes les données pouvant se trouver dans des décisions de justice) s'ajoute en effet à mes faibles compétences sur ces dimensions (hors la question de l'anonymisation du nom des juges, qui sera traitée in fine de la contribution, avec la dernière volée de questions). Qui plus est, la réflexion sur le bon niveau de granularité gagne nécessairement à avancer en combinant exigences juridiques et possibilités techniques, expérience acquise par les acteurs actuels de la diffusion des décisions et virtualités techniques en développement, outils d'anonymisation automatique mais aussi de calcul des risques de réidentification²²⁴ (expérience qui nous est plus étrangère encore que le droit des données personnelles).

Faute donc de pouvoir être utile sur ces questions, il est seulement possible de rappeler une règle de prudence : il sera toujours possible d'ouvrir plus largement les décisions de justice et les données diffusées après avoir constaté l'absence d'utilisations attentatoires non anticipées que de prétendre revenir sur des données qui auront été diffusées. L'évaluation ex ante des conséquences de l'*open data* n'ayant pas été faite, l'ouverture graduée du périmètre permettra de mettre en place le système en s'appuyant sur des évaluations ex post régulières des pratiques développées, des utilisations privilégiées, des effets produits sur le contentieux et sur la résolution amiable mais aussi des utilisations négatives apparues.

219/ V. sur ce point les nombreuses illustrations, outre-Atlantique mais pas uniquement, donnée par J.-P. Jean, colloque préc. Ces stratégies de choix du juge « en fonction de la jurisprudence supposée » existent déjà, comme le rappelle L. Cadiet (D. 2017. 522) ; l'*open data* pourrait toutefois leur donner une toute autre envergure.

220/ Open Law, janv. 2017, p. 73 à 76.

221/ Colloque préc.

222/ En tout état de cause, ouverture de la masse et identification des décisions intéressantes ne sont pas incompatibles : ainsi, en réaction à l'ouverture de l'accès à ses décisions inédites, la Cour de cassation a su communiquer sur son recours aux sigles de diffusion pour marquer l'intérêt d'un arrêt.

223/ V. les exemples concrets pris par A. Debet et N. Metallinos, colloque préc.

224/ Ex. utilisation d'outils d'aide à l'évaluation du risque de ré-identification tel qu'évoqué par le Livre Blanc sur l'*open data* jurisprudentiel, Open Law, janv. 2017, p. 25.

La volonté du législateur d'une ouverture graduée²²⁵ devrait être utilisée à plein : elle ne devrait pas seulement être entendue comme une souplesse pour la réalisation d'une lourde tâche matérielle²²⁶ mais aussi comme la possibilité d'affiner à mesure des ouvertures les conditions de sa réalisation. Les legaltech, qui parviennent déjà à se développer en l'état des décisions accessibles, le pourront encore dans le cadre d'une ouverture contrôlée des décisions du fond, même si ce développement n'est pas aussi largement ouvert qu'elles le souhaiteraient.

3) L'incidence de l'open data : La mise à disposition du public des décisions de première instance et d'appel – peu « visibles » à ce jour – pourrait-elle faire évoluer le rôle et la place de la jurisprudence dans l'ordonnement juridique ? Serait-elle renforcée, ou au contraire affaiblie, notamment par rapport aux autres sources de droit ? Cette mise à disposition du public est-elle de nature à affecter le rôle traditionnel de la doctrine et/ou le travail de recherche universitaire ? Les décisions de justice des juridictions du fond auraient-elles tendance à converger, ou des interprétations locales différenciées auraient-elles vocation à se maintenir ? Y a-t-il, sur ces questions, une différence à établir entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire ?

Diffusion des décisions et constitution de la jurisprudence comme source du droit - Le rapport entre diffusion des décisions et jurisprudence est existentiel : la jurisprudence est née de la publication des premiers recueils de décisions. Chaque ouverture d'un accès supplémentaire aux décisions est susceptible de modifier cette source, dans sa nature même et dans son manie-ment par les juristes plus que dans sa place dans l'ordonnement juridique. Il est possible de raisonner en parallèle avec la mise en ligne de l'ensemble des décisions D de la Cour de cassation : elle n'a pas modifié la place de la jurisprudence dans la hiérarchie des normes ; en revanche, elle a modifié la fabrique de la jurisprudence, les Hautes juridictions participant plus activement à l'identification des décisions jurisprudentielles et réduisant corrélativement le rôle de la doctrine en la matière. Au-delà, elle a modifié les méthodes de travail des juristes, désormais plus habitués à manier des séries de décisions et n'hésitant pas à exploiter dans l'argumentation des décisions inédites mais allant à l'appui de leur démonstration. Cette utilisation des décisions inédites repose, plus que celle des décisions de principe, sur un raisonnement par analogie et la transposabilité du précédent. Cette évolution n'a toutefois pas été systématisée²²⁷ : tout se passe comme si la jurisprudence était demeurée affaire de chapeaux de principe, de syllogisme et de portée normative générale. L'ouverture aux données des décisions du fond pourrait entraîner des mutations du même ordre mais à une échelle démultipliée.

Effet de l'open data sur la jurisprudence en tant que source d'interprétation du droit - La jurisprudence est actuellement celle de la Cour de cassation et du Conseil d'État : si la question est discutée, elle bénéficie désormais du soutien de poids du Conseil constitutionnel²²⁸. Si l'on entend la jurisprudence comme interprétation constante de la loi, elle demeurera probablement la chose des juges du droit au lendemain de l'open data. En effet, les infirmités des décisions du fond pour constituer l'interprétation constante ne tiennent pas seulement à leur faible visibilité : elles sont également liées à l'im-pératif d'uniformité de cette interprétation, uniformité qui est garantie par les Hautes juridictions. Pour autant, l'open data et les algorithmes, en ce qu'ils permettront une connaissance facilitée des interprétations retenues par les juges du fond, pourront en faire un élément plus important dans le choix de l'interprétation par les juges du droit. En 2009, les arrêts des juges du fond, hors ceux attaqués par les pourvois, étaient évoqués dans 9 % des travaux préparatoires des arrêts « I » de la Cour de cassation et 11 % des conclusions des rapports publics sur les arrêts des formations solennelles et SSR droit, du Conseil d'Etat²²⁹. Il est possible d'illustrer le soin parfois porté aux tendances du fond : « Sur 24 décisions répertoriées fin 2005 par le service d'études et de documentation (SDE) de votre Cour, trois décisions seulement se prononcent en faveur d'une application immédiate de l'article L. 341-4 du code de la consommation aux cautionnements conclus avant son entrée en vigueur (...). Un second courant jurisprudentiel, majoritaire, se prononce contre l'application de l'article L. 341-4 du code de la consommation aux cautionnements conclus avant son entrée en vigueur (...). Plusieurs décisions nous semblent mériter une attention particulière puisque rendues en audience solennelle »²³⁰.

225/ L'objet de l'amendement n° 581 précisait, pour la justice administrative : « Cette mise à disposition doit se faire dans le respect de la protection des données personnelles. Il est donc nécessaire de prévoir une entrée en vigueur progressive pour organiser l'ouverture progressive de ces données au public, dans le respect des règles précitées et en cohérence avec l'état du parc applicatif des services des juridictions. » ; il en va de même pour l'amendement n° 582, son pendant pour la justice judiciaire : « Il est donc nécessaire de renvoyer à un décret pour organiser l'ouverture progressive de ces données au public, dans le respect des règles précitées et en cohérence avec l'état du parc applicatif des services judiciaires. ».

226/ Qui permettrait de commencer par la diffusion de l'existant (CA civil) avant d'envisager celle des autres décisions (CA pénal ; premier degré), V. Th. Lesueur, colloque préc., p. 22.

227/ Et elle est encore parfois niée, ex. H. Croze, « La factualisation du droit », JCP 2017. 101 : « On reconnaît là le modèle anglo-saxon du précédent et la technique de la distinction qui est, pour le moment, étranger au système de Civil law ».

228/ Qui ne considère comme « constantes » que les interprétations soumises aux Hautes juridictions, v. décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011, CNDA. La position est partagée par la Cour EDH, selon laquelle « faute d'une prise de position du Conseil d'Etat en la matière, il apparaît prématuré de conclure à l'existence d'une jurisprudence qui soit véritablement établie » (décision, 3 oct. 2000, Touroude c. France, n° 35502/97).

229/ V. C. Pro-Phalippon, La référence aux précédents de la juridiction, in Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts, dir. P. Deumier, Dalloz, 2013, n° 45.

230/ Avis Allix sur Cass. Mixte 22 sept. 2006, n° 05-13.517.

Les legal tech pourront permettre une prise en considération plus systématique et plus affinée de ces courants, sans qu'il soit certain que cela modifie substantiellement les choix des juges du qui tiennent compte d'un état plus général du contexte juridique et des considérations d'opportunité. Un autre effet est envisageable et touche cette fois directement à l'autorité de la jurisprudence de la Cour de cassation (il semble moins sensible devant les juridictions administratives, plus disciplinées). En effet, son autorité, de fait, repose sur l'idée, plus affirmée qu'établie, que les juges du fond suivent la jurisprudence du juge du droit. Il est tout aussi connu que tel n'est pas toujours le cas et que, dans les hypothèses dans lesquelles les juges du fond ne suivent pas le juge du droit, il existe autant de résistances constructives que de rébellions mal fondées²³¹. En revanche, la proportion réelle de ces non applications de la jurisprudence de la Cour de cassation par les juges du fond, particulièrement du premier degré, n'est pas connue. Si les machines révélaient un taux significatif de non application de la jurisprudence de la Cour de cassation, hors de toute volonté motivée de faire évoluer celle-ci, il faudra sérieusement réinterroger les ressorts sur lesquels repose l'autorité de la jurisprudence dans notre système.

Effet de l'open data sur la jurisprudence en tant que source d'appréciation des cas - Ce qui pourrait changer plus radicalement encore, c'est la jurisprudence elle-même, dans son assimilation actuelle à l'interprétation de la loi qui vient d'être exposée²³². En effet, si celle-ci est la seule à être portée au rang de sources du droit, elle occulte ce qui constitue pourtant le droit et la justice au quotidien. Car la justice n'est pas qu'affaire d'interprétation de la loi : elle est également, et peut-être surtout, appréciation des cas. Cette normativité là est largement méconnue. La plupart de ses dimensions se déploient uniquement devant les juridictions du fond, notamment celle des évaluations quantitatives, qui, en ce qu'elles attribuent à chacun ce qui lui est dû, constituent une part essentielle de l'office du juge. Or, contrairement à la jurisprudence-interprétation de la loi, la jurisprudence-appréciation des cas ne cherche pas l'uniformité mais l'appréciation particulière des circonstances de la cause. La méconnaissance de cette dimension de la justice tient d'abord à la plus grande difficulté d'accès aux décisions. Cependant, il ne faut pas surestimer l'obstacle : les décisions, notamment de cours d'appel, sont déjà accessibles dans des proportions permettant de s'intéresser à cette justice du cas. Or, l'accès n'est pas la seule difficulté : comme il a été vu, il faut y ajouter le traitement de cette masse. Cette jurisprudence est celle des flux de précédents (la norme puise à la moyenne quantitative), alors que celle de la Cour de cassation et du Conseil d'État, plus familière des juristes, est celle du précédent normatif (la norme puise à l'autorité qualitative). À nouveau, c'est parce que l'open data rencontre l'algorithme que la connaissance des tendances contentieuses pourra demain permettre le perfectionnement de cette autre jurisprudence (peu important selon nous que cette source de normalisation des cas soit dénommée « jurisprudence » ou que l'on préfère lui donner un autre nom - tendances contentieuses, pratiques judiciaires - pour la dissocier de la source d'uniformisation du droit). Il est difficile de répondre à la question de l'étendue de la modification de cette autre jurisprudence du fait de l'open data. Elle ne sera probablement jamais précisément connue car, pour savoir dans quelle mesure l'open data a modifié les tendances contentieuses, encore faudrait-il les connaître dans leur état antérieur à l'open data, ce qui n'est le cas que de façon pointilliste et pas nécessairement comparable.

Il est également difficile de savoir si cette harmonisation est plutôt promise à se développer à l'échelon local ou à l'échelon national car elle dépend de nombreux facteurs. Au premier chef, les stratégies des acteurs orienteront le niveau d'harmonisation : les avocats avanceront des éléments statistiques puisés dans le contentieux local ou national, probablement selon ce qui ira dans leur sens. Ensuite, il est difficile de prédire la sensibilité des magistrats à l'argument : il est possible d'estimer que les juges seront soucieux d'une cohérence d'appréciation au sein de leur juridiction, de leur chambre, voire de leurs propres décisions, avant de chercher une cohérence nationale²³³. À cet égard, il est possible que la juridiction administrative se montre plus soucieuse d'alignement sur un standard national que la juridiction judiciaire car, en l'état, elle est plus étrangère au phénomène de divergence²³⁴ - ce qui ne fait disparaître les disparités d'appréciation dans de nombreux contentieux : DALO, OQTF, électoral²³⁵. Enfin, il est également possible d'estimer que cette sensibilité des juges à une harmonisation locale ou nationale ne sera pas la même pour les questions inédites ou complexes, pour lesquelles l'expérience d'autres juridictions du fond dans des cas comparables sera parfois le seul élément de référence, que pour les questions en série pour lesquelles la juridiction dispose déjà d'une pratique très assise.

231/ Ex. J.-L. Aubert, « Pour des rébellions constructives », RTD civ. 1992. 338 ; Sur la possibilité de recherche sur l' « effectivement jugé », qui inclut les solutions erronées ou différentes de celles de la Cour de cassation, depuis la base JuriCa, X. Henry, « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel », D. 2011. 2609.

232/ Sur le poids de cette conception de la jurisprudence dans les sélections des décisions du fond pratiquées par les bases de données, v. E. Serverin, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », D. 2009. 2882.

233/ Déjà, à propos des harmonisations des tendances du fond permises par JuriCa : « il reste à déterminer quelle attitude les juges judiciaires adopteront face à une éventuelle « visualisation » des tendances générales adoptées par des juridictions de même degré. De façon générale, ils semblent très attachés au maintien de leur indépendance de jugement et ne se sentent pas liés par les positions prises par leurs collègues, fussent-elles largement majoritaires. », X. Henry, préc.

234/ Ex. D. Chabanol, « La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative », in Les divergences de jurisprudence, P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), PU Saint-Etienne, 2003, p. 179.

235/ Cités et expliqués par Ch. Vigouroux, colloque préc., p. 30.

Au-delà de l'étendue de l'harmonisation que facilitera l'*open data*, il est possible de s'arrêter sur le projet même. En effet, il est possible de s'étonner d'un tel engouement pour une harmonisation des appréciations des cas, en comparaison des débats qui entourent des outils développés dans des objectifs parfaitement similaires²³⁶, les barèmes et autres référentiels : aux vertus de rationalisation et d'harmonisation de l'appréciation des juges sont opposés le risque d'oubli de l'appréciation *in concreto* qui est au cœur de la décision de justice et le risque qu'un élément objectif produit au titre d'indication devienne *de facto* une norme perçue comme impérative. Le discours dominant autour de la justice prédictive nous semble focalisé sur la vertu harmonisatrice, en passant trop souvent sous silence ses risques, pourtant aggravés par la production automatisée du référentiel : « risque pour la liberté, risque de pression sur les magistrats, risque de décontextualisation des décisions, risque d'uniformisation des pratiques, etc.²³⁷ », auxquels il faut ajouter le risque de tendances judiciaires conservatrices et reproduisant les stigmas sociaux²³⁸. Pour que l'*open data* améliore la justice du fond, sans lui faire perdre sa mission première, il faut peut-être remettre au premier plan la liberté du juge et l'appréciation *in concreto* des situations, sur le modèle de la proposition de loi d'orientation et de programmation du redressement de la justice²³⁹ : la donnée quantitative est ramenée à son rang, celui d'élément de cette appréciation, qui cherche sa rationalisation (peut-être plus que son harmonisation).

Dans un système où les juges ne sont pas élus ou nommés dans le cadre d'un processus politique – au sein duquel ils ne bénéficient donc pas d'une légitimité liée à leur personne – plusieurs façons d'interpréter une même loi peuvent-elles co-exister ? Des jurisprudences individuelles hétérodoxes pourront-elles persister ? – Nous faisons remonter ici ces deux points tirés de la dernière volée de questions car ils nous semblent s'inscrire dans le prolongement des sujets qui viennent d'être abordés. Du point de vue de l'interprétation de la loi, l'égalité devant le droit induit une exigence d'uniformité de son interprétation par tous les juges : à défaut, les règles de droit ne seraient pas les mêmes selon que l'on est jugé à Lyon ou à Toulouse. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont pour mission de garantir cette uniformité en énonçant l'interprétation qui doit être suivie par les juridictions de leur ordre : ni la juridiction comme institution ni le juge comme personne ne sont légitimes pour maintenir des jurisprudences isolées et hétérodoxes. En revanche, toute autre est la question de l'existence de façons différentes d'*appliquer* la loi dans le cadre de l'exercice du pouvoir d'appréciation conféré au juge par cette même loi. Dans cette autre dimension de la décision, ni le juge institution ni le juge personne ne me semblent illégitimes pour exercer leur pouvoir d'appréciation. C'est peut-être dès lors l'existence même de ce pouvoir d'appréciation, et la mesure de sa liberté, que l'on veut réinterroger aujourd'hui, et plus encore demain avec ce que nous enseigneront les algorithmes sur son exercice. Si l'on souhaite protéger la liberté d'appréciation, l'ouverture d'outils de prédiction doit s'accompagner d'un discours clair et partagé sur la part incompressible et inhérente à la justice d'aléa et d'imprévisibilité²⁴⁰, pour éviter qu'un projet de restauration de la confiance dans la justice ne produise les effets inverses : si, pour des raisons liées aux spécificités du cas, une décision particulière devait s'écarter des standards déterminés à partir de l'*open data*, il est possible qu'elle nourrisse à l'inverse un sentiment d'injustice et que la confiance dans la justice n'en soit que plus difficile à atteindre. Cependant, ce discours peut se retourner à terme : en effet, si le projet à plus long terme est de confier à la machine le pré-jugement de contentieux en série et factuels, comme cela est parfois évoqué²⁴¹, il est préférable dès à présent de relativiser l'importance de la libre appréciation des juges.

Effet de l'open data dans le rapport jurisprudence-loi – Dans son rapport à la loi, la connaissance des tendances du fond est pleine de promesses vertueuses. Chacun sait qu'entre ce que prévoit la loi et ce qui est effectif, il y a un gouffre. Le droit tel qu'il est appliqué par les premiers juges constitue le maillon intermédiaire le plus instructif entre l'idéal législatif et le droit vécu. L'*open data* doublé des algorithmes pourrait donner, enfin, accès à ce qui est soit subodoré soit perçu par petites touches, à savoir le décalage entre la norme et son application. Ayant connaissance de la réalité contentieuse, le législateur pourrait mieux calibrer ses interventions, afin d'accompagner les tendances, les rectifier, les orienter. L'*open data* pourrait fournir une masse d'informations particulièrement pertinentes pour élaborer des règles utiles, en intégrant notamment les études d'impact. Évidemment, cette description repose sur le mythe d'un législateur rationnel, qui considérerait que le procès est l'un des éléments permettant d'identifier pertinemment les réformes utiles : sa tiédeur à tenir compte ne serait-ce que des suggestions de réforme du Rapport annuel de la Cour de cassation oblige à relativiser l'enthousiasme. Au moins, par l'*open data* et le déve-

236/ La proximité des arguments entourant les barèmes et de ceux encourageant la justice prédictive.

237/ Ch. Arens, colloque préc.

238/ V. s'appuyant sur l'expérience nord-américaine, A. Garapon, préc., n° 35-37.

239/ Art. 6 : « Les modalités de cette mise à disposition préviennent tout risque de ré-identification des magistrats, des greffiers, des avocats, des parties et de toutes les personnes citées dans les décisions, ainsi que tout risque, direct ou indirect, d'atteinte à la liberté d'appréciation des magistrats et à l'impartialité des juridictions. » ; art. 9 : « Le premier président et le procureur général (de la Cour de cassation) veillent à ce que la réutilisation des informations figurant dans les décisions mises à la disposition du public en application de l'article L. 111-13 favorise l'harmonisation des jurisprudences, prévienne le contentieux en matière civile, contribue à améliorer la qualité des décisions de justice et ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation des magistrats et à l'impartialité des juridictions. ».

240/ Sur son irréductibilité, B. Dondero, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », D. 2017. 532.

241/ V. Ch. Vigouroux, préc.

242/ On pense notamment aux recherches du CERCRID ; v. également, défendant tôt cette forme de recherche, S. Bories, « A la rencontre du droit vécu (l'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », JCP 1985. I. 3213.

loppement d'outils de traitement des décisions, le législateur qui souhaiterait se nourrir de ces informations en aurait la possibilité. Cette information n'est pas que vertueuse pour le législateur : il est, comme le juge, mais à une autre échelle, susceptible d'être soumis à la pression des faits, surtout lorsque ceux-ci seront relayés par les représentants d'intérêts, ce qui renvoie à une question classique, mais qui pourrait prendre une autre dimension avec l'*open data*, celle de la mesure dans laquelle la loi doit accompagner, consacrer ou orienter les faits.

Effet de l'*open data* sur la recherche et la formation – La facilité de connaissance des décisions du fond permise par les algorithmes ouvre assurément un vaste et passionnant champ à la recherche sur la justice du fond. Il faut souligner que de telles recherches existent déjà, souvent grâce au soutien de la mission de recherche Droit et Justice, et mobilisent déjà l'outil statistique²⁴². Pour autant, elles sont soumises à une nécessaire relativité : le résultat, généralement sous forme de rapport de recherche, manque de maniabilité pour la pratique quotidienne du droit ; il est rapidement passible de péremption et ne permet pas souvent de cibler les résultats sur un ressort ; il reste malheureusement peu relayé par les autres écrits doctrinaux. Le développement des algorithmes rendra cette recherche incommensurablement plus facile à mener (le dépouillement en masse des décisions du fond étant relativement laborieux), ses résultats seront plus visibles car plus directement corrélés aux outils utilisés par les juristes et pourront être réactualisés ou redimensionnés facilement. Il ne dit en revanche rien de la meilleure réception de cette dimension de la justice des cas par une science et un enseignement très largement concentrés sur la règle de droit. Ainsi, l'existence d'études régulières sur l'évaluation des pensions alimentaires, dans les revues de jurisprudence locale ou encore à l'occasion de l'élaboration de la table de référence, n'a guère modifié la présentation faite de cette question dans les manuels²⁴³ (et, probablement dès lors les enseignements) : seules les règles de droit encadrant ces pensions sont enseignées ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation sur les ressources et besoins pouvant être pris en compte ; leur discussion devant les juges du fond, les montants ou critères privilégiés par les décisions ou des exemples de montants indiqués par la table ne viennent pas donner une tournure plus concrète au propos. Il est difficile de savoir si cette focalisation sur la règle de droit sera bousculée par l'*open data*, tant elle sait déjà résister à l'introduction d'enseignements plus liés aux contentieux du fond, par exemple en matière de preuve. Pour le dire autrement, la formation des juristes intégrant rarement des dimensions concrètes de stratégies contentieuses, d'évaluation de montant ou d'argumentation sur les faits, l'impact de l'*open data* pourra être aussi bien profondément bouleversant (en ajoutant à l'actuelle formation au droit par la loi la formation au droit par le cas – et pas celui traité par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat) qu'inexistant.

Sans savoir donc quelle sera leur réception, il ne fait guère de doute que des recherches pourront se développer avec enthousiasme sur une si considérable somme d'informations nouvelles jusque là si difficiles à traiter. Outre les études des contentieux de fond, aussi diverses et variées que ces contentieux eux-mêmes, il est possible de se demander si des pistes plus méthodologiques ne mériteraient pas d'être également développées. Les legaltech devraient inciter à poursuivre la recherche sur le matériau brut des décisions afin de confronter (quand bien même la confrontation sera biaisée par la différence d'échelle) les résultats de l'analyse humaine à celle proposée par l'algorithme, particulièrement si cette dernière se déploie sur le terrain des arguments les plus porteurs dans un contentieux. En effet, la justice prédictive sera d'autant plus redoutable qu'elle occupera un champ vierge de toute autre analyse. Il sera difficile d'éviter les risques liés au développement des algorithmes sans pousser la réflexion sur la prise de décision au fond, les mécaniques présidant à l'évaluation des cas, l'articulation qui s'y noue entre standardisation et individualisation²⁴⁴. Dans un registre proche, les outils de justice prédictive vont appeler une réflexion sur l'intégration de l'argument pris de la donnée chiffrée au sein du raisonnement²⁴⁵. Il sera parfois persuasif, venant conforter une évaluation appuyée sur les circonstances de la cause en soulignant l'égalité de traitement des justiciables ; il sera parfois un standard évalué à la hausse ou à la baisse en fonction des circonstances de la cause, venant témoigner que ces circonstances ont bien été l'objet de la décision. Comme tout argument, celui fondé sur une donnée statistique peut être soumis à un contre argument, qui puisera probablement le plus souvent à la démonstration de l'a-typicité du cas soumis. Il sera d'ailleurs intéressant de voir si les différents outils de justice prédictive parviennent tous aux mêmes prédictions ou si elles diffèrent, notamment selon les faits et qualifications utilisés stratégiquement par ceux qui les interrogent : le miracle de l'algorithme serait ainsi relativisé et la donnée chiffrée reprendrait sa juste place d'élément non absolu de rationalisation. Il faudrait également réfléchir à ce que la prédictibilité signifie en droit, champ peu labouré dans la doctrine française : si théories réalistes américaines et recherche de prédictibilité des décisions sont liées²⁴⁶, la culture juridique française tend plutôt à rejeter la démarche du côté impur de la science du droit²⁴⁷.

243/ Ont été consultés ceux de la base DallozBibliothèque.fr.

244/ Pour reprendre le balancement utilisé pour l'une des sessions du colloque Le droit mis en barèmes ? dir. I. Sayn, Dalloz, 2014.

245/ Rappelant ce contexte argumentatif de la justice prédictive, F. Rouvière, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », RTD civ. 2017. 527

246/ Sur l'ancienneté dans la littérature américaine de la recherche de prédictibilité et sur la définition célèbre de Holmes (« ce que j'entends par Droit, ce sont les prophéties de ce qui sera concrètement décidé par les tribunaux, et rien de plus prétentieux que cela »), et sur la définition de la jurisprudence comme une « prédiction », v. G. Zambrano, « Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'heure des big data : parier sur le résultat (probable) d'un procès », 2015, <hal-01496098>.

247/ Ainsi, selon H. Kelsen, « La mission de la science du droit n'est pas de prophétiser les décisions des tribunaux (...) dans la mesure où les tribunaux créent dans leurs décisions du droit nouveau, il est aussi peu possible de prédire ces décisions que de prédire quelles normes générales seront créées par l'organe législatif » ... même dans la mesure où la prédiction serait possible, elle n'est pas la tâche de la science du droit (...) Prédire les décisions juridictionnelles futures peut être l'affaire des avocats qui conseillent leurs clients. Mais il ne faut pas confondre la connaissance du droit avec la fonction de conseil juridique », Théorie pure du droit, Dalloz, 1962, pp. 122-123.

Ce n'est pas à dire que la doctrine ne s'essaie pas de temps à autre à la prédiction²⁴⁸ : cependant, cette démarche n'est ni systématisée, ni théorisée et, à nouveau, s'attache plus aux évolutions du droit qu'aux appréciations des cas. Or, à partir du moment où l'on souhaite travailler sur cette appréciation, le facteur humain entre en jeu, ce qui amène à la dernière série de questions.

La diffusion des noms des professionnels de justice – notamment les noms des magistrats ayant rendu les décisions – pourrait-elle modifier la perception de la jurisprudence rendue ? La possibilité d'identifier et d'objectiver la jurisprudence de chaque magistrat – qui n'existe pas pour le moment – pourrait-elle conduire à ré-interroger le rôle et la position institutionnelle du juge français ? L'open data des décisions de justice vous semble-t-elle constituer un facteur d'appauvrissement ou d'enrichissement du droit ? Quels sont, d'une manière plus générale, les bénéfices et les risques liés à la diffusion des noms des professionnels de justice ? - Il me semble que la diffusion des noms des professionnels de justice modifierait très sensiblement l'exercice des professions judiciaires et, au-delà, la perception de la jurisprudence rendue. En effet, dans notre système juridique, cette jurisprudence n'est pas rendue par des hommes, ce qui implique une part de subjectivité et de choix personnels dans la décision, mais rendue par une institution, dont la décision découle de l'application du droit. Il y a évidemment une forte part de fiction dans cette image mais les fictions sont parfois utiles, même à l'ère de la transparence et du réalisme.

Il me semble, au moins dans un premier temps, plus prudent de pratiquer l'anonymisation des noms des professionnels de justice et notamment des magistrats. Sur ce point, les inconvénients de la transparence pourraient se révéler bien supérieurs aux avantages. D'une part, l'absence d'anonymisation risque d'aggraver les risques déjà évoqués de la justice prédictive, en termes de pression mise sur la décision du juge et de prépondérance de la norme chiffrée sur les circonstances particulières du cas. D'autre part, la culture judiciaire française est marquée par l'effacement des personnes derrière les institutions de justice. S'il est possible de disserter sur la fiction sur laquelle repose cet effacement ou sur les avantages et inconvénients des systèmes accordant plus d'importance à la personne des juges, leurs opinions et les variations d'opinions d'un juge à l'autre, en l'état, telle n'est pas notre culture. Si un changement devait être initié en la matière, il devrait reposer sur une réflexion plus vaste, incluant toutes les implications de la personnalisation (par exemple en termes de nomination, de formation, d'opinions séparées), et non sur un effet par ricochet d'une ouverture des décisions conçue à d'autres fins. Dans le même temps, il est possible de se demander dans quelle mesure il sera possible à l'ère de l'*open data* de dissimuler ce facteur humain et de laisser penser que la différence d'appréciation de la juridiction de deux cas semblables tient à des différences entre ces cas et non à des différences entre les juges. Si ce n'est que la question rebondit : cette part humaine et subjective n'est-elle pas contenue par l'impersonnalité actuelle du système judiciaire et le nécessaire effacement du juge derrière son institution ? L'attention portée aux noms des juges pourrait ainsi avoir un effet d'entraînement et accroître la dimension subjective de la décision : si le juge sait que sa décision ne sera plus perçue comme celle de l'institution mais comme la sienne, avec les démarches de profilage qui vont avec, ne sera-t-il pas plus largement tenté d'exprimer sa personnalité ?

L'*open data* oblige à interroger ses propres préjugés sur l'importance devant être encore accordée à l'appréciation concrète, au risque d'appréciation divergente dans des cas pourtant similaires, à la part d'appréciation humaine dans la décision, au risque d'appréciation arbitraire et inéquitable. Il est impossible d'imaginer tous les services et applications que les legaltech inventeront en exploitant les décisions de justice, faisant ainsi progresser le droit, la justice et les juristes : il est toutefois possible de refuser, au moins dans un premier temps, de faciliter le développement de certains d'entre eux.

II. Commentaires et observations libres

L'*open data* peut, si toutes les perspectives ici envisagées se déploient effectivement, modifier profondément ce qu'est la justice, son rapport au cas, à la décision, au juge, la part normée et la part argumentée, ce qui peut être laissé à la machine (qui sera probablement capable un jour d'imiter l'argumentation juridique, jusque dans les cas difficiles et les considérations d'opportunité) et ce qui implique nécessairement l'humain. La préparation de cette contribution s'est accompagnée pour son auteur de la découverte de questionnements vertigineux et d'autant plus difficiles à éclairer que, en définitive, il est difficile de deviner si les legal tech ne seront qu'un outil supplémentaire venant s'intégrer sans bouleversement dans les méthodes et raisonnement actuels des juristes ou si elles vont profondément modifier ces méthodes. En revanche, il est peut-être possible de se demander quel modèle de justice l'on souhaite promouvoir grâce à ces développements au lieu de laisser les algorithmes imposer de fait leur modèle de justice. L'absence d'évaluation ex ante de ces bouleversements devrait inciter à une ouverture graduée et conditionnant le franchissement de chaque palier à une évaluation des effets produits par le palier précédent. Parallèlement à ce ressort de l'expérimentation, une réflexion de fond avec toutes les professions du droit devrait dessiner le modèle de justice vers lequel nous souhaitons nous diriger, afin qu'il oriente l'*open data*, et non l'inverse.

248/ V. N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in Mélanges F. Terré, 1999, p. 141.

Contribution de M. Thierry KIRAT

Directeur de recherche au CNRS

I. Les enjeux de l'ouverture au public des décisions de justice

- Quels sont pour vous les enjeux majeurs (bénéfices attendus, risques associés, etc.) de l'ouverture des décisions de justice ? Quelle incidence cette ouverture est-elle susceptible d'avoir sur le plan économique ? La mise à disposition du public des décisions de justice est-elle de nature à provoquer des transformations dans le rapport des acteurs économiques et sociaux à la justice ?

De manière générale, la mise à disposition des décisions de justice est cohérente avec le mouvement de l'économie fondée sur la connaissance. L'impact de l'économie numérique sur la croissance est une question débattue par les macro-économistes²⁴⁹. D'un point de vue collectif, la mise à disposition des décisions de justice est certainement souhaitable. Cependant, des enjeux économiques d'importance émergent autour des Legaltech et de la justice prédictive sur lesquels je reviendrai. Quant à la question des transformations susceptibles d'affecter le rapport des acteurs économiques et sociaux, elle appelle certainement à des recherches sociologiques qui, à ma connaissance, sont inexistantes sur le sujet. Je peux simplement remarquer qu'il ne me semble pas manifeste que l'on puisse poser une corrélation entre le développement des bases de données jurisprudentielles qui s'est accentué depuis la deuxième moitié des années 1990 et le développement du contentieux judiciaire ou administratif.

Il est important de souligner l'importance majeure des données pour les legal techs, particulièrement pour celles d'entre elles qui sont dans le domaine de la justice prédictive. Elles développent des algorithmes en open source. La création de valeur provient davantage des données que des algorithmes. Un rapport récent de France Stratégie : « La valeur... provient des données nécessaires à l'apprentissage bien plus que de l'algorithme »²⁵⁰.

- Quelles sont les attentes des acteurs économiques en matière d'ouverture des décisions de justice ? Comme analysez-vous les perspectives ouvertes par la justice dite « prédictive », dont certains acteurs privés, notamment des start-up, promettent le développement ? Quelle cartographie établissez-vous de ce nouvel écosystème français de « LegalTech » ? Comment la France est-elle positionnée par rapport aux autres pays sur ce terrain ? Un développement massif des outils dits « prédictifs » vous semble-t-il possible, voire probable, et souhaitable ? Le cas échéant, avec quelles conséquences, d'un point de vue économique, aussi bien pour l'institution judiciaire que pour les justiciables ?

Je ne suis pas compétent pour répondre à la première question. Il faudrait mener des enquêtes sur ce sujet. Par contre, l'existence de bases jurisprudentielles – notamment publiques – fournit la matière première des Legaltechs. À première vue, l'enrichissement des bases jurisprudentielles avec les décisions des juridictions de 1^{er} degré donnera davantage de matière première aux legaltechs, peut-être également davantage de précision dans les résultats, mais je ne crois pas que l'ouverture au public des décisions de justice suscite davantage d'entrées dans le domaine. Notons que le domaine LegalTech est probablement plus « legal » que « tech ». Il y a en effet peu d'acteurs présents dans l'activité justice prédictive stricto sensu.

Il est significatif de constater la diversité et l'hétérogénéité du secteur des LegalTechs²⁵¹. Benoît Charpentier, dirigeant et co-fondateur de Meilleures honoraires.com, en donne la liste suivante :

- le calcul de probabilité concernant les décisions de justice,
- le financement de contentieux (third-party litigation funding),
- les plateformes d'actions collectives,
- la génération automatisée de documents juridiques dynamiques,
- le déploiement de systèmes intelligents ou d'intelligence artificielle (fondées par exemple sur le machine learning, le natural language processing ou encore le deep learning),
- les plateformes de mise en relation avec des professionnels du droit,
- les solutions cloud,

249/ COE-REXCODE, *L'économie numérique et la croissance. Poids, impact et enjeux d'un secteur stratégique*. Document de travail n° 24, mai 2011.

250/ France Stratégie, *Anticiper les impacts économiques et sociaux de l'intelligence artificielle*. Rapport du groupe de travail co-piloté par Rand Hindi (Conseil national du numérique) et Lionel Janin (France Stratégie), mars 2017, p.10.

251/ Benoît Charpentier, « La Startup juridique : braconnage ou avenir de la profession ? », Legitech, 19 janvier 2017.

- l'édition de logiciels spécialisés,
- la résolution de litiges non contentieux en ligne,
- les procédures d'arbitrage en ligne,
- les procédures de divorce en ligne,
- la signature électronique,
- la certification de documents (par exemple grâce à la technologie blockchain),
- la réalisation de formalités et de dépôts en ligne (mise en demeure, acte introductif d'instance),
- la visualisation de données complexes issues du Big Data,
- la programmation de contrats intelligents (smart contracts),
- la mise en œuvre d'outils collaboratifs,
- la revue de documents assistée par la technologie (Technology Assisted Review (TAR)),
- les outils de conformité,
- les outils de calculs fiscaux,
- les outils de gestion de contrats (contract management),
- les outils de recherche juridique.

Cette liste peut être ordonnée en trois sous-ensembles :

- **Celui des activités qui entrent dans le champ de la justice prédictive** : calcul de probabilités à partir de décisions de justice, systèmes intelligents et d'IA, visualisation de données issues du Big Data. Notons que ce ne sont pas éléments les plus nombreux de la liste précédente.
- **Celui des outils de gestion de l'information** : production automatisée de documents juridiques, certification de documents, réalisation de formalités et de dépôts en ligne (par exemple introduction d'une instance), programmation de contrats intelligents (qui sont mis à jour automatiquement en cas de changement législatif ou réglementaire), revue de documents. Pour l'essentiel, ce sont des outils destinés à être mis en œuvre par les professionnels du droit (avocats, huissiers).
- **Celui des outils de résolution des conflits en ligne.**

Je mettrai ici l'accent sur les deux premiers.

- Une étude du cabinet d'audit Day One réalisée en 2017 sur 140 start-up du domaine droit & digital dans le monde montre que 11 % d'entre elles seulement entrent dans la catégorie « justice prédictive »²⁵². Cependant, l'étude estime que c'est là que se situent les perspectives d'avenir les plus prometteuses. Elles sont conditionnées par les développements technologiques à venir (notamment le passage du « machine learning » au « deep learning »)
- Concernant les outils de gestion de l'information, ils impacteront sûrement les professionnels du droit et les conditions économiques d'exercice de l'activité : robotisation des tâches routinières, réduction des besoins en personnels pour le recueil et l'analyse de la documentation, concentration des capacités de travail sur les activités à haute valeur ajoutée ou stratégique. L'impact sur les professions juridiques, en particulier les avocats, est certainement important et peut confirmer les prédictions de Richard Susskind²⁵³ sur ce sujet. Les tâches « routinières » peuvent être aisément assurées par des robots plutôt que des humains²⁵⁴.

252/ Day One, *Droit & Digital : réalité et prospective*, 2017, 44 p.

253/ Richard Susskind, *Tomorrow's Lawyers*, Oxford University Press, 2013. Voir également Richard et Daniel Susskind, *The Future of professions*, Oxford University Press, 2015.

254/ Idée défendue par trois auteurs, David Autor, Franck Levy et Richard Murmane en 2003 («The Skill Content of Recent Technological Change: An Empirical Explanation, *Quarterly J. of Economics*, 118 (4), pp. 1279-1333). L'hypothèse de ces auteurs (dite « hypothèse ALM ») est que la technologie remplace le travail humain « routinier ». Une discussion critique est proposée par Daniel Susskind, «Re-thinking the Capabilities of Machines in Economics», *University of Oxford Dpt of Economics-Discussion Papers Series*, n° 825, May, 2017. Cet auteur estime que la conception des machines et des tâches routinière des premiers est trop étroite. Des machines intelligentes peuvent désormais remplacer du travail humain à dimension cognitive et créative plutôt que routinière.

- Au regard des perspectives que vous dégagéz d'un point de vue économique, quelle sorte de régulation mettre en place ? Quelle doit être la place du cadre normatif « rigide » et, le cas échéant, celui de règles de « droit souple » ? Sur le fond, dans une analyse économique du droit, quel modèle juridique vous semble opportun, notamment pour limiter les effets les moins souhaitables des évolutions à venir ? Faut-il, notamment, restreindre la diffusion de certaines décisions de justice (décisions spécifiques, contentieux spécifiques, etc.) ? Parmi les décisions diffusées, quelle devrait être, selon vous, l'exigence d'anonymisation ? Quel type de rémunération (redevance) pourraient avoir à payer les acteurs économiques qui, à partir de jugements mis à disposition, vont développer de la profitabilité dans un marché concurrentiel ?

Le principe d'une régulation me semble incontournable. La question essentielle est celle de la question de savoir si les legaltech prennent en charge une activité juridique. Antoine Garapon pense que c'est le cas, et qu'elle vise à se substituer aux avocats qui restent attachés à un modèle archaïque et n'entrent pas dans un « modèle entrepreneurial »²⁵⁵. C'est peut-être une position extrême, mais on peut se poser la question de savoir si ces entreprises ont une activité juridique. Il faudra certainement faire le tri entre celles qui fournissent une information (trouver un bon avocat ou un bon notaire) et celles qui participent à la vie du droit : en arrangeant le règlement de litiges (en ligne) ou en produisant des statistiques sur les décisions.

• *Imposer aux entreprises d'informer les utilisateurs du fait que les produits sont indicatifs et ne peuvent en aucun cas être considérés comme une anticipation précise d'une décision de justice. S'agissant d'entreprises numériques, c'est probablement là un sujet de régulation pour l'ARCEP.*

Il convient de distinguer entre :

- **Les services juridiques digitaux rendus aux usagers ;** il faudra certainement protéger le consommateur, peut-être via le Code de la consommation et des recommandations de l'ARCEP dont les compétences ont été élargies à l'internet par la Loi sur la république numérique. Il devrait être envisagé d'imposer aux entreprises d'informer les utilisateurs du fait que les produits sont indicatifs et ne peuvent en aucun cas être considérés comme une anticipation exacte d'une décision de justice.
- **Les services juridiques digitaux rendus aux professionnels du droit.** L'usage des résultats d'algorithmes ne saurait remplacer le travail strictement juridique. La régulation professionnelle (règles déontologiques et procédures disciplinaires) au sein de la profession est certainement appropriée, du moins sur le principe. Il sera probablement utile que les instances professionnelles concernées s'emparent du sujet du droit digital et actualisent leurs règles internes.

Deux professeurs de droit américains²⁵⁶ ont mis en évidence les enjeux de la « robotisation du travail juridique » dans le cas des États-Unis. Ils insistent sur deux aspects :

- **L'intérêt du client.** L'usage d'algorithmes complexes en amont du conseil au client (introduire une instance ou non) renforce l'asymétrie d'information entre le professionnel et le client profane. D'autant que les résultats des algorithmes ne sont pas nécessairement justes, pertinents ou précis.
- **Les intérêts collectifs au sein des professions juridiques.** Les modèles prédictifs ne remplaceront jamais les avocats, dans la mesure où la dimension de conseil est majeure dans la profession.

S'agissant de la possibilité de voir des décisions de justice publiques transformées en « inputs » d'entreprises commerciales, je crains que ce soit une fatalité. Il conviendra bien sûr de veiller au respect de la vie privée, via l'anonymisation des décisions. Concernant plus précisément le secteur de la justice prédictive stricto sensu, la gratuité de la mise à disposition des décisions peut être tempérée par la facturation des coûts de mise à disposition voire, si elles existent, des métadonnées (titrage, mots-clés, résumé).

II. Commentaires et observations libres

Vous pouvez transmettre ici toute analyse ou observation à l'intention de la mission.

Pour la recherche juridique, sociologique ou économique, la mise à disposition des décisions des juges de fond est une initiative bienvenue. Elle permettra des analyses scientifiques de la nature du contentieux, considérant que l'activité des tribunaux est utile point d'observation de la société et de l'économie.

255/ Antoine Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », *La Semaine juridique – édition générale*, n° 12, janvier 2017.

256/ Dana Remus & Franck Levy, « Can Robots be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law », document ssrn, 27/11/2016. Ces auteurs évaluent la pertinence des « Pratiques juridiques non autorisées » (Unauthorized Legal Practices) pour réguler l'usage de robots par les cabinets de lawyers.

Contribution de Mme Nathalie MALLET-POUJOL

Directrice de recherche au CNRS

I. Les enjeux de l'ouverture au public des décisions de justice

- Quelles sont pour vous les enjeux majeurs (bénéfices attendus, risques associés, etc.) de l'ouverture des décisions de justice ? Comment envisager les rôles respectifs des différents acteurs de cette mise à disposition ? Dans quelles conditions ces acteurs doivent-ils assurer l'accès, la détention et la gestion de ces données ? Quels vecteurs doivent être employés pour assurer la mise à disposition du public des décisions ?
- Comment envisager l'articulation du principe de diffusion des décisions de justice au public avec les droits fondamentaux, les garanties procédurales et les règles gouvernant la publicité des décisions ? Quel doit être, dans le respect des articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique, le périmètre des décisions de justice diffusées au public (types de décisions concernées, types de contentieux, etc.) ?
- Comment assurer la protection de la vie privée des personnes concernées ? Quelle doit notamment être l'étendue de l'exigence d'anonymisation des décisions mises à la disposition du public, et selon quelles modalités celle-ci doit-elle être réalisée (personnes concernées, données personnelles concernées, etc.) ? Selon quels principes et quelles méthodes apprécier le risque de ré-identification des personnes ? Selon quels moyens en assurer la maîtrise ?
- Quelles sont les perspectives ouvertes par cette mise à disposition du public des décisions de justice ? Comment les données mises à disposition pourraient-elles ou risqueraient-elles d'être exploitées, notamment via des outils informatiques ou mathématiques, par les acteurs publics et par les acteurs privés ? Quels mécanismes de régulation mettre en place à l'égard de ces exploitations et de ces outils, notamment ceux développés par les acteurs du secteur marchand ?

II. Commentaires et observations libres

Compte tenu de la richesse des réflexions²⁵⁷ déjà menées sur la question, je formulerai quelques observations sur les orientations possibles du futur décret.

La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique²⁵⁸ (art. 20 et 21) tend à une plus grande diffusion des décisions de justice, sous réserve de la préservation de la vie privée des individus. Au nom du principe de séparation des pouvoirs, les décisions juridictionnelles ne sont pas des documents administratifs. Cela explique que la loi de 2016 a créé deux dispositions spécifiques, respectivement dans le code de justice administrative - CJA - (art. 20) et dans le code de l'organisation judiciaire - COJ - (art. 21), pour affirmer le principe de mise à disposition du public à titre gratuit des décisions rendues par les juridictions administratives et judiciaires. Cependant, pour la réutilisation des informations publiques figurant dans ces décisions, l'article L. 111-13, al. 3 COJ ainsi que l'article L. 10 al. 4 CJA renvoient aux articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration - CRPA - .

Le décret en préparation s'inscrit dans le prolongement du processus amorcé par les décrets de 1984 et 1996 relatifs au service public des bases de données juridiques²⁵⁹ ainsi que du décret modifié de 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet²⁶⁰, avec le bénéfice du recul sur l'expérience du site www.legifrance.gouv.fr.

S'il faut assurément saluer cet objectif louable d'*open data*, il paraît toutefois important de conserver une analyse différentielle du principe de publicité des décisions de justice, selon le vecteur utilisé. Une distinction devrait demeurer entre les conditions de mise à disposition du public par le greffe de la juridiction et celles de mise à disposition sur internet, compte tenu des dangers encourus pour les libertés individuelles.

Trois principales questions se présentent, en effet, tenant aux décisions (I) ou aux mentions (II) à exclure de la mise à disposition du public sur le web ainsi qu'aux conditions de réutilisation des décisions diffusées (III).

257/ V. notamment les actes du colloque «*La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*», publiés dans le supplément au n° 9 du JCP G du 27 février 2017 ainsi que E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, La mémoire numérique des décisions judiciaires, L'*open data* des décisions de justice de l'ordre judiciaire : D. 2017. Chron. 1483.

258/ Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique : JO 8 oct., dénommée loi «*Lemaire*».

259/ Décret n° 84-940 du 24 oct. 1984 relatif au service public des bases et banques de données juridiques : JO 25 oct., abrogé par le décret n° 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques : JO 4 juin.

260/ Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, modifié en 2006, 2010, 2015 et 2016, et abrogeant le décret du 31 mai 1996.

I. Décisions exclues de la diffusion

Deux motifs peuvent conduire à exclure certaines décisions de justice de la diffusion au public, tenant, d'une part, à des interdictions de publicité (A), et, d'autre part, à des risques d'atteinte à la vie privée (B).

A. En raison d'une interdiction de publicité

L'article 21 de la loi « République numérique » (créant l'art. L. 111-13 COJ) dispose notamment que, « sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées ».

Par exception au principe de publicité des décisions de justice²⁶¹, les dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions et leur publicité sont notamment des interdictions de publicité des décisions²⁶², des interdictions de publication des motifs de la décision, seul le dispositif étant publié²⁶³, ou bien encore des interdictions de publication du nom des parties²⁶⁴.

Il convient également de mentionner les interdictions d'évocation ou de publication d'informations relatives à certaines décisions. Ces interdictions visent principalement la presse. Il ne s'agit pas de la publication des décisions de justice stricto sensu mais de leur évocation, par la presse notamment²⁶⁵.

Diffusion numérique. Il est clair que les restrictions d'accès ou de publicité de tout ou partie des décisions de justice sont *a fortiori* applicables à la diffusion numérique.

Il conviendra d'évaluer si elles affectent définitivement ou temporairement cette publicité (idée d'un temps d'embargo pour les décisions pénales non définitives, par exemple).

Il conviendra également de mesurer l'intérêt de lister, dans le décret, tout ou partie de ces dispositions. La plus-value d'explicitation de la loi de même que la complexité et l'éparpillement de la matière nous convainquent de l'intérêt de les mentionner.

B. En raison du risque d'atteinte à la vie privée

La condition posée, aux articles 20 et 21 de la loi « République numérique », de diffusion « dans le respect de la vie privée des personnes concernées », est rigoureuse. Elle suppose, pour toute décision mentionnant des éléments de la vie privée des individus, une totale anonymisation, laquelle participe de la responsabilité des juridictions et s'effectuera en amont de toute mise à disposition du public.

Le constat d'une impossible anonymisation conduira à écarter de la diffusion certaines catégories de décisions de justice. Il en sera ainsi lorsque la technique d'anonymisation sera accompagnée d'un risque trop important de ré-identification ou lorsqu'elle fera perdre à la décision toute pertinence (infra II).

261/ V. par exemple, les art. 451 c. proc. civ. ; art. R. 155 et R. 156 c. proc. pén. ; art. R. 751-7 c. just. adm. ; v. aussi, dans le cadre de peines complémentaires, la diffusion de la décision par tout moyen de communication au public par voie électronique (art. 131-10 c. pén.).

262/ V. par exemple, l'interdiction de communication par les greffiers de certains jugements en matière de faillite (art. R. 123-154 c. commerce).

263/ Il en est ainsi, par exemple, en matière de divorce ou de séparation de corps, où il est « justifié, à l'égard des tiers, d'un divorce ou d'une séparation de corps par la seule production d'un extrait de la décision l'ayant prononcé ne comportant que son dispositif, accompagné de la justification de son caractère exécutoire conformément à l'article 506 » (art. 1082-1 c. proc. civ.). De même, en matière d'assistance éducative, « le dispositif de la décision est notifié au mineur de plus de seize ans à moins que son état ne le permette pas » (art. 1190, al. 2 c. proc. civ.). L'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse évoque également la possibilité de publier le dispositif des décisions dans des affaires de diffamation ou concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement.

264/ sur la publication d'un jugement concernant un mineur, v. l'art. 14 de l'ord. du 2 févr. 1945 relative à l'enfance délinquante; sur le fait que, dans le cadre d'une peine complémentaire d'affichage, la diffusion ou l'affichage de la décision ou du communiqué ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit, v. l'art. 131-35 c. pén.; sur l'anonymisation éventuelle de la copie d'une décision, v. l'art. R. 751-7 c. just. adm.

265/ Outre les prescriptions particulières de la loi de 1881 sur les publications interdites (art. 38 et s.), dont certaines concernent des décisions de justice, sont, par exemple, interdits le rappel de l'existence de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie (art. 133-11 c. pén.), la publication du compte rendu des débats des tribunaux pour enfants dans le livre, la presse, la radiophonie, le cinématographe ou de quelque manière que ce soit (ord. du 2 févr. 1945, art. 14).

266/ Sur l'anonymisation, v. notamment, G29, avis n° 05/2014 du 10 avr. 2014 sur les techniques d'anonymisation, WP 216.

267/ V. aff. Decaux, CNIL, délib. n° 2015-255 du 16 juill. 2015 et CE 8 févr. 2017, n° 393714 : Rec. CE tables.

II. Mentions à exclure de la diffusion

L'article 21 de la loi « République numérique » dispose que les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées et que cette mise à disposition du public est « précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes ». La même disposition prévaut pour les décisions rendues par les juridictions administratives (v. art. 20 de la loi « République numérique », modifiant l'art. L. 10 CJA). Par diffusion, nous entendons la mise à disposition du public par voie électronique. Nos développements ne concernent évidemment pas la délivrance des jugements aux parties, sous format papier.

Une double menace, liée tant au risque d'identification qu'au risque d'atteinte à la vie privée, pèse sur les professionnels de justice (A) et les justiciables (B).

A. Mentions relatives aux professionnels de justice

La loi rappelle la nécessité de respecter la vie privée des personnes concernées. Les éléments d'identité des professionnels de justice, tels que leurs nom et prénom, ne relèvent évidemment pas de leur vie privée.

Mais l'on peut s'interroger sur l'opportunité de les maintenir lors de la diffusion numérique, compte tenu des nouveaux écueils liés au caractère massif de la diffusion des décisions de justice²⁶⁸. L'on songe, en particulier, au risque de profilage de certains magistrats en fonction de leurs décisions, profilage susceptible d'entraîner des pressions sur les magistrats ou de favoriser une forme d'individualisation des magistrats, contraire au fonctionnement collectif de la profession. La technique de profilage risque également de conduire à une forme d'évaluation biaisée des avocats, uniquement fondée sur le résultat du procès.

Le fait que l'article 20 de la loi « République numérique » (art. L. 10 CJA) dispose que les jugements mentionnent le nom des juges qui les ont rendus ne nous semble pas avoir d'incidence sur la réflexion, dès lors qu'il ne vise que les jugements « papiers », opposables aux parties, et non leur mise à disposition du public sous forme électronique. Sur le site de Legifrance, le nom du président et des avocats (ou de l'ensemble des magistrats ainsi que du greffier, en matière criminelle) a été, par exemple, maintenu sur les arrêts de cassation.

Cependant, la disposition de la loi « République numérique » (art. 20 et 21) selon laquelle la « mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes », plaide en faveur de l'occultation des noms des professionnels de justice, même en l'absence de risque d'atteinte à la vie privée des intéressés. Certes, la formulation de la loi est ambiguë selon que l'on comprend qu'elle est rattachée ou non à la condition de respect de la vie privée. Mais il nous semble que ces deux prescriptions sont autonomes. Cela signifie que la mise à disposition du public - qui doit évidemment être faite dans le respect de la vie privée - est toujours précédée d'une analyse des risques de ré-identification. En ce cas, toute mise à disposition, qu'il y ait ou non risque d'atteinte à la vie privée, suppose l'absence d'identification des personnes.

L'on peut s'inspirer, à cet égard, – même si cela concerne la diffusion des documents administratifs et non celle des décisions de justice – du nouvel article L. 312-1-2 du code des relations entre le public et l'administration - CRPA- (créé par la loi « République numérique », art. 6-V) et notamment son alinéa 2, qui dispose que :

« Sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, lorsque les documents et données mentionnés aux articles L. 312-1 ou L. 312-1-1 comportent des mentions entrant dans le champ d'application des articles L. 311-5 ou L. 311-6, ils ne peuvent être rendus publics qu'après avoir fait l'objet d'un traitement permettant d'occulter ces mentions.

Sauf dispositions législatives contraires ou si les personnes intéressées ont donné leur accord, lorsque les documents et les données mentionnés aux articles L. 312-1 ou L. 312-1-1 comportent des données à caractère personnel, ils ne peuvent être rendus publics qu'après avoir fait l'objet d'un traitement permettant de rendre impossible l'identification de ces personnes. Une liste des catégories de documents pouvant être rendus publics sans avoir fait l'objet du traitement susmentionné est fixée par décret pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 du présent code ne sont pas tenues de publier les archives publiques issues des opérations de sélection prévues aux articles L. 212-2 et L. 212-3 du code du patrimoine ».

268/ En 2001, la CNIL parvenait aux conclusions suivantes : « le principe de responsabilité morale et professionnelle conduit à considérer qu'il n'y a pas lieu, en tous cas au motif de la vie privée des professionnels concernés, d'occulter l'identité des magistrats ou membres des juridictions, ni celle des auxiliaires de justice ou experts, même si le risque de constitutions de "profils" de juges ou d'avocats à partir des décisions de justice publiées ne peut être exclu. Le risque qui s'attache à la numérisation ne paraît cependant pas supérieur à celui des circonstances qui forgent une réputation et sur lesquelles la CNIL ne dispose pas de moyens d'action particuliers » (CNIL, délib. 29 nov. 2001).

L'idée est bien présente, dans cet article, s'agissant de documents administratifs sensibles, d'une occultation, ab initio, des éléments d'identification. Et les mentions relatives aux noms des professionnels de justice me paraissent sensibles. Les risques de profilage sont accrus par rapport à 2001, compte tenu de l'essor de la diffusion internet et de la massification des décisions qui seront ainsi mises à disposition.

Demeurera alors la question de l'accord éventuel des intéressés. On peut l'envisager pour les avocats mais cette faculté devrait être écartée pour les magistrats.

B. Mentions relatives aux justiciables

S'agissant des justiciables - parties au procès et témoins -, trois types de mentions sont névralgiques, respectivement relatives aux éléments d'identité (1), aux éléments d'identification (2) et aux éléments de vie privée (3). Sur Legifrance, certaines de ces mentions se trouvent dans le corps des arrêts de la Cour de cassation, mais aussi, et parfois de façon plus problématique encore - compte tenu des détails factuels qui y figurent - dans le ou les moyens annexés à l'arrêt.

1. Éléments d'identité

La suppression des éléments d'identité des justiciables, lors de la diffusion numérique, est une pratique ancienne et opportune. Le nom est évidemment la donnée personnelle alphanumérique la plus identifiante au sens de la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Les décisions figurant dans la base Legifrance ne comportent pas les noms des parties. Le prénom est parfois mentionné.

L'on saluera, à cet égard, les réflexions menées par la CNIL sur cette question et notamment l'impact de sa recommandation du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence²⁷⁰. S'agissant des bases en accès libre, la CNIL avait préconisé l'occultation du nom et de l'adresse des témoins et des personnes physiques parties à l'instance, quelle que soit la nature de la décision. Dans son avis du 19 janvier 2006 portant bilan de l'application de la recommandation de 2001, la CNIL a conclu que « la diffusion en libre accès sur internet de décisions de justice ne peut s'effectuer qu'après que le nom et l'adresse des parties et témoins au procès ont été préalablement occultés²⁷¹ ».

Exemple d'identification. Cela étant, le maintien du prénom du prévenu, par exemple, croisé avec les comptes-rendus de presse de l'époque, permet aisément sa ré-identification. Ainsi, un arrêt (Cass. crim. 11 juill. 2017, n° 17-82425) publié sur Legifrance comporte notamment les mentions suivantes : (...) « *Statuant sur le pourvoi formé par : M. Thierry X..., contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bourges, en date du 30 mars 2017, qui l'a renvoyé devant la cour d'assises du Cher sous l'accusation de viols aggravés et atteinte à l'intimité de la vie privée par fixation de l'image d'une personne* » (...). L'arrêt comprend la description extrêmement précise des éléments à charge et à décharge, subis par les plaignantes. En tapant sur le moteur Google les trois mots « Thierry Bourges viols », on parvient, en première page de résultats, à l'identification du prévenu, par la presse locale et nationale.

Deux autres hypothèses appellent également l'attention, concernant les prénoms des proches (1.1) et l'évocation des personnes morales (2.2).

2.1. Prénoms des proches

Il paraît fort souhaitable de poursuivre cette occultation, en y englobant les prénoms, qu'il s'agisse des parties, des témoins mais aussi de toute personne mentionnée dans le jugement, notamment les enfants. Cela évite le risque de stigmatisation et de profilage des individus, à travers les requêtes nominatives, autrement dit à travers une interrogation des bases, par les moteurs de recherche, via leur nom et/ou prénom et ceux de leurs proches (v. le risque actuel de googlisation des individus et la question très sensible du droit à l'oubli²⁷², notamment du droit au déréférencement promu au plan européen par l'arrêt Google Spain c. Costeja²⁷³ du 13 mai 2014).

269/ En 2001, la CNIL a pu considérer, à propos des sites spécialisés en accès restreint et des CD-ROM de jurisprudence, que « si l'accès du plus grand nombre à des décisions de justice nominative associé aux possibilités offertes par les moteurs de recherche sont de nature à faire redouter un usage des informations nominatives issues de ces décisions à des fins tout à fait étrangères à la recherche juridique, la restriction d'accès à certains sites spécialisés, qu'elle résulte de la mise en place d'une procédure d'abonnement préalable ou d'achat à la demande, et le coût d'un CD-ROM de jurisprudence paraissent de nature à éloigner un tel risque » (CNIL, délib. 29 nov. 2001). Elle ne recommandait alors, pour ce type de bases, que la suppression de l'adresse des parties.

270/ CNIL, Délib. n° 01-057 du 29 nov. 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

271/ CNIL, Bilan de l'application de la recommandation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur Internet par les banques de données de jurisprudence : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice, 19 janv. 2006.

272/ N. Mallet-Poujol, Les virtualités du droit à l'oubli numérique : Juris art etc, Ed. Dalloz, mai 2013, n° 2, p. 43.

273/ CJUE 13 mai 2014, aff. C-131/12, Google Spain c. Costeja : CCE juill.-août 2014, Etudes 13, par A. Debet; D. 2014. J. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld et 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld; JCP 2014, n° 768, note. Marino; Légipresse juin 2014, n° 317, p. 323, Tribune Drouard et sept. 2014, n° 319, p. 467, note N. Mallet-Poujol.

Deux exemples sont édifiants sur la puissance de profilage ou de ré-identification des prénoms.

Exemple de profilage. Un arrêt (Cass. crim. 3 oct. 2012, n° 12-80569) publié sur Legifrance comporte notamment les mentions suivantes : (...) « Mme Gwénola X... », (...) « qu'il ressort des pièces du dossier et des débats que Mme X... a quitté le domicile conjugal avec les enfants Maylis née le 12 novembre 2006 et Hubert né le 3 novembre 2009, le 14 décembre 2009 dans un climat extrêmement conflictuel sinon violent ; qu'en effet, Mme X... avait découvert en septembre 2009 que son époux consultait régulièrement depuis deux ans des sites pornographiques dont les noms faisaient référence à des adolescents, des enfants et à l'inceste ». En tapant sur le moteur Google, le prénom de la mère et des deux enfants, on arrive, en 6^e position, à l'arrêt Legifrance de non représentation d'enfant, avec des détails relevant de la vie privée des parents.

Exemple d'identification. Un arrêt (Cass. 1^o civ. 5 juill. 2017, n° 16-16901 ; 16-50025) publié sur Legifrance, dans une affaire de gestation pour autrui, évoque les prénoms des enfants Vicky et Kim, nés à Kiev, le 23 janvier 2011. En tapant sur le moteur Google la requête suivante «vicky kim kiev 2011», on trouve notamment l'évocation de cette affaire sur http://www.surrogacy.ru/news_fr/news4.php, ce qui permet de connaître le nom du père. La ré-identification est quasi instantanée.

Dans le premier exemple, la requête sur un moteur de recherche, au moyen de trois prénoms, a mené instantanément à l'arrêt de cassation, dont le contenu porte atteinte à la vie privée des parents, contribuant au profilage préjudiciable des parties au procès. Dans le second exemple, l'évocation des prénoms des enfants, dans l'arrêt publié, a rendu facilement identifiables les parties aux procès.

C'est pourquoi, il importe d'envisager l'occultation de tout prénom. Cette occultation plus systématique des noms et prénoms est propre à l'internet. Elle n'empêche pas la publication de la décision sur support papier (bulletins des juridictions, revues et ouvrages juridiques), laquelle peut mentionner le nom des parties (sauf interdiction légale ou risque d'atteinte à la vie privée) et préserver ainsi le souci de maintenir la tradition des « *grands arrêts* » connus par le patronyme d'une des parties. L'accès à la décision non anonymisée se fait alors à la source, auprès de la juridiction, avec engagement d'anonymisation pour toute diffusion électronique. Par ailleurs, cela n'empêche évidemment pas l'évocation nominative de la décision de justice par les organes de presse²⁷⁴.

1.2. Évocation des personnes morales

Même si la question des personnes morales est, sauf exception, hors du champ d'application de la loi « *Informatique et Libertés* », elle n'en demeure pas moins extrêmement sensible tant elle facilite, dans certaines hypothèses, le profilage des personnes physiques. Le phénomène est frappant dans les affaires prudhommales.

Risque de profilage : un arrêt (Cass. soc. 13 juill. 2017, n° 1612493) publié sur Legifrance comporte notamment les mentions suivantes : (...) « *Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé par la société Elf France à compter du 1er septembre 1989, en qualité de cadre, puis mis à disposition de la société Total Distribution et occupait, en dernier lieu la fonction d'ingénieur cadre technique au sein de la société Total Raffinage Marketing, aux droits de laquelle vient la société Total Marketing Services ; que le 8 août 2011, il a été convoqué à un entretien préalable, qui s'est tenu le 18 août 2011, à l'issue duquel il a été dispensé d'activité ; que le 22 août 2011, il a été licencié pour faute grave au motif d'un harcèlement sexuel* » (...)

Dans cette espèce, la précision sur l'appartenance du salarié à telle entreprise, à telle époque, à tel poste, permet aisément à un recruteur de retrouver cet arrêt, compte tenu des éléments du curriculum vitae de la personne en sa possession. Cela ne réidentifie pas la personne, qui est déjà identifiée par son CV, mais cela permet de la profiler. De même, cela permet à des personnes connaissant ce salarié d'avoir des informations sur lui très préjudiciables, *a fortiori* à la lecture du moyen annexé au pourvoi ! Quel que soit le caractère répréhensible d'un comportement passé, peut-on admettre de livrer ainsi à la connaissance de tous des décisions de justice grandement préjudiciables ?

Aussi, même si la question du profilage n'est pas posée par les articles 20 et 21 de la loi « *République numérique* », sans doute faudrait-il définir des champs de contentieux où l'occultation de dénominations sociales, noms commerciaux ou enseignes commerciales devrait être opérée.

274/ L'oubli, droit de suppression, droit de suite : la loi Informatique et liberté doit-elle arbitrer la liberté d'expression ? : Légicom, n° 46, 2011/1, p. 77.

2. Éléments d'identification

La seule suppression des éléments d'identité ne constitue pas une anonymisation au sens de la loi de 1978, laquelle suppose l'impossibilité définitive d'identifier la personne. Elle a seulement l'effet d'une forme de pseudonymisation. Les personnes physiques peuvent, en effet, demeurer identifiables par le croisement d'autres données les concernant. Aussi convient-il également de supprimer d'autres éléments d'identification - qui sont également des données personnelles - tels que la date de naissance, voire l'année de naissance ou l'adresse des parties, lesquels relèvent, de surcroît, de leur vie privée.

Mais la question se pose de savoir s'il faut supprimer d'autres informations de nature à identifier la personne, dans le contexte particulier du procès, quand bien même elles ne relèvent pas de sa vie privée. Ces informations peuvent s'avérer préjudiciables (2.2) et il convient alors de mesurer les risques liés à la ré-identification des individus dont les éléments d'identité ont pourtant été occultés (2.1).

2.1. Risques de ré-identification

La ré-identification de la personne dont les éléments d'identité ont été occultés peut survenir en raison de la précision de détails mentionnés dans la décision de justice²⁷⁵ et/ou en raison du croisement éventuel de données, avec d'autres sources d'informations (ex : registres ou fichiers publics, presse électronique, réseaux sociaux).

Nous avons considéré (*supra* I) que le risque de ré-identification s'évaluait, aux articles 20 et 21 de la loi « République numérique », de façon autonome, c'est-à-dire qu'il y ait ou non risque d'atteinte à la vie privée. L'évaluation du risque doit donc intervenir au regard des éléments d'identification d'une personne, autrement dit de ses données personnelles.

Analyse globale du risque. D'après les travaux préparatoires, l'analyse des risques de ré-identification ne saurait se concevoir au cas par cas mais uniquement en fonction du champ thématique de la jurisprudence²⁷⁶. Le souci d'efficacité et d'allègement des coûts de traitements d'anonymisation est bien compréhensible mais cette option supposera des choix drastiques dans la mise en oeuvre de ce principe de précaution. Autrement dit, à quel niveau, à quel pourcentage de risque de ré-identification décidera-t-on d'anonymiser ? La solution devra évidemment privilégier la protection de la vie privée - où devra être visé le risque zéro - là où une plus grande prise de risque pourra se concevoir pour les informations préjudiciables. Le fait est que, là encore, la situation est différente selon la nature des données indirectement identifiantes.

Numéros ou codes indirectement identifiants. Un premier risque de ré-identification, provenant principalement de numéros ou de codes (numéro de sécurité sociale, numéro de téléphone, plaques d'immatriculation, etc.) est facile à éliminer - le cas échéant de façon automatique - sans affecter l'intelligibilité de la décision.

Éléments factuels indirectement identifiants. Un second risque de ré-identification, provenant d'éléments factuels figurant dans la décision, est beaucoup plus difficile à prévenir, car il suppose une analyse sémantique, au cas par cas, de certains passages de la décision.

Nature du risque. Reste à préciser ce qu'il faut entendre par ce risque.

Est-ce le risque même de ré-identification de la personne ? Ce risque n'existe plus pour les magistrats, greffiers et avocats, dont les noms sont supprimés, mais il demeure pour les justiciables, selon la teneur de la décision, même si leurs nom, prénom et adresse sont occultés.

Est-ce le risque attaché à la possible ré-identification ? Ce risque est certain et intolérable dès lors que les données ayant rendu possible la ré-identification sont relatives à la vie privée. Ce risque est inégal pour les autres éléments d'identification conduisant à la révélation d'informations « *préjudiciables* ».

2.2. Informations préjudiciables

Par informations préjudiciables, il faut entendre des informations qui ne sont pas relatives à la vie privée, mais dont la diffusion est de nature à porter préjudice à la personne. L'on songe, par exemple, aux précisions sur le contexte d'un licenciement dans le cadre d'un procès prudhommal, ou à la simple mention du licenciement, à l'occasion d'un autre procès; cette catégorie d'informations étant susceptible de pénaliser l'intéressé, dans sa recherche d'emploi.

275/ V. les exemples donnés par A. Debet (Données personnelles, droit à l'oubli et droit à l'information du public, JCP G 27 févr. 2017 préc., p. 37) et par N. Metallinos, (Ouverture des bases de données de jurisprudence et protection des données sensibles, JCP G 27 févr. 2017 préc., p. 45).

276/ V. les débats de la commission mixte paritaire du 29 juin 2016, sur l'art. 12 bis A.

Il convient de déterminer, dans un premier temps, si le risque de ré-identification, à travers ces informations préjudiciables, est important. Cela suppose une analyse d'impact²⁷⁷ sur la vie privée, telle que prévue par le règlement européen sur la protection des données du 27 avril 2016, en opérant des sondages sur différents types de contentieux.

Dans l'affirmative, si le risque de ré-identification est majeur, il conviendra d'apprécier s'il est ou non tolérable. S'agissant du contentieux prudhommal, par exemple, il est constant qu'aucune interdiction procédant de la vie privée ne préside à la diffusion de ce type d'informations. Mais, là encore, l'outil de communication internet ne doit pas servir à jeter en pâture au public la vie des citoyens - quel que soit le caractère répréhensible d'un comportement passé - et à les soumettre à l'opprobre public, à travers les bases de décisions de justice²⁷⁸.

Aussi, dans cette balance des intérêts à mener entre l'objectif d'*open data* et celui de protection des libertés individuelles, en présence d'un trop grand risque de ré-identification, je suis favorable à l'exclusion de la mise à disposition du public du contentieux du licenciement pour motif personnel.

Une solution médiane peut, en revanche, consister à opter pour un embargo temporaire et ne publier ce contentieux, qu'une fois un laps de temps écoulé, lequel délai peut se réfléchir en miroir des délais d'accès aux archives. Il est, par ailleurs, toujours possible d'envisager des ouvertures de fonds spécifiques à des personnes autorisées, à des fins de recherche notamment.

3. Éléments de vie privée

L'anonymisation est évidemment impérative pour les données relevant de la vie privée des individus. Deux catégories de décisions sont concernées, selon qu'elles relèvent (2) ou non (1) de la vie privée.

3.1. Décisions ne relevant pas de la vie privée

Ces données peuvent se trouver incidemment dans des décisions n'ayant pas spécifiquement trait à la vie privée des individus. L'on peut songer, par exemple, aux informations relatives à la santé, à la protection sociale, à la situation fiscale ou au cadastre. Là encore, il convient de déterminer ce qui rend identifiable la personne

S'il s'agit d'éléments faciles à appréhender, sous forme de numéros ou de codes d'identification (ex. : numéro d'allocataire, numéro fiscal, références cadastrales), il est possible de les supprimer systématiquement.

S'il s'agit d'éléments plus factuels, cela suppose de retrancher des décisions certains passages trop évocateurs²⁷⁹, ce qui suscite des difficultés techniques, donc des coûts de traitements. Sans doute est-il permis de renoncer à un traitement d'anonymisation systématique, sauf à identifier un contentieux particulièrement sensible où les risques de ré-identification sont majeurs.

3.2. Décisions relevant de la vie privée

Ces données se trouvent évidemment dans des décisions au coeur de la vie privée des individus. Il convient alors d'identifier, parmi les catégories de contentieux dont les informations touchent à la vie privée, ceux dont la relation factuelle est trop identifiante (sans oublier, bien sûr, les numéros ou codes trop identifiants).

Le champ thématique peut être appréhendé au niveau du visa de la décision (ex. : successions, non représentation d'enfants...). Cela devrait concerner *a minima* la matière familiale, la responsabilité civile en matière d'accidents corporels ou certaines affaires de droit pénal.

S'agissant du contentieux portant sur la vie privée des individus, aucun doute n'existera alors sur le risque lié à cette ré-identification. Or, dans ce type de contentieux, il peut s'avérer difficile d'envisager d'anonymiser toutes les décisions. Outre l'ampleur technique et le coût de l'opération, cela peut leur faire perdre tout intelligibilité. Cela risquerait également, à terme, de conduire à une forme d'autocensure dans la rédaction, nuisible à une analyse juridique ultérieure.

277/ À comparer avec l'analyse d'impact relative à la protection des données, prévue à l'art. 35 du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 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) : JOUE L 119/1 du 4 mai 2016.

278/ V. N. Mallet-Poujol, Information judiciaire et droit à l'oubli, Actes du Forum Légipresse, « Justice et médias », Légicom n° 48, 2012/1, p. 111.

279/ V. CEDH, 25 févr. 1997, n° 2200993, Z. c. Finlande, §113 qui suggère de supprimer l'exposé des motifs (§113. « Enfin, la Cour doit rechercher s'il existait des raisons suffisantes pour justifier la divulgation, dans le texte de l'arrêt de la cour d'appel d'Helsinki transmis à la presse, de l'identité et de la séropositivité de la requérante (paragraphes 36 et 43 ci-dessus). Selon les dispositions pertinentes de la législation finlandaise, la cour d'appel avait le pouvoir, premièrement, de ne pas mentionner dans son arrêt de noms permettant d'identifier la requérante et, deuxièmement, de décider que l'exposé complet des motifs resterait confidentiel pendant une période donnée et de publier à la place une version abrégée de la motivation et du dispositif et une référence succincte à la législation appliquée (...) »).

Il est clair qu'un embargo devra être prononcé avec pour terme, par exemple, le délai d'accès aux archives portant atteinte à la vie privée²⁸⁰. Là encore, cet embargo pourra être assorti, le cas échéant, d'autorisations d'accès spécifiques, à des fins de recherche principalement.

III. Conditions de réutilisation des données

La loi « République numérique » du 7 octobre 2016 s'inscrit dans le mouvement de l'*open data*, destiné à favoriser la transparence de l'action publique, mais aussi l'émergence d'un marché de l'information. L'intérêt d'une diffusion accrue des décisions de justice est à la fois démocratique, scientifique et économique.

L'intérêt démocratique et scientifique réside principalement dans :

- l'amélioration de la mission de service public de diffusion du droit,
- la meilleure visibilité des décisions,
- la meilleure objectivation des décisions et prévisibilité de la justice (de nature notamment à inciter aux transactions et à contribuer à l'allègement du volume du contentieux),
- la modélisation des décisions des juridictions du fond,
- l'harmonisation et l'amélioration des pratiques juridictionnelles.

L'intérêt économique réside, quant à lui, essentiellement dans :

- le fonctionnement d'un marché de l'information publique (nouvelles prestations de services fondées sur l'exploitation algorithmique du big data, instruments de prédictivité),
- l'enrichissement de l'offre des éditeurs juridiques (bases de données enrichies, barèmes d'indemnisation).

À ces intérêts multiples font écho de nouveaux écueils, qui s'ajoutent à ceux liés au caractère viral et incontrôlable de la diffusion de données sur l'internet.

L'on mentionnera, par exemple, les risques générés par :

- la création d'un corpus de données trop volumineux, d'intérêt juridique inégal et sans valeur ajoutée,
- les stratégies de contournement de certaines juridictions ou « *forum shopping* »,
- les pratiques nouvelles de *big data* par les entreprises du secteur privé,
- les outils d'évaluations statistiques et de prédictions,
- les outils de recherche d'antécédents des individus (ex. : salariés ou prestataires).

Ces pratiques nouvelles ne seront pas nécessairement conformes à la finalité première de la diffusion des données de justice et il importe de réfléchir aux droits des utilisateurs au regard de la loi « Informatique et Libertés ». En effet, outre l'usage scientifique et juridique de la base de données, la réutilisation des données dans la perspective du *big data* va entraîner un nouveau traitement de données, soumis à la loi du 6 janvier 1978. Cela supposera le respect de la procédure et des obligations incombant à tout responsable du traitement, une attention particulière devant être portée sur la licéité du nouveau traitement (B) et sur l'interdiction de traiter certaines données (C). Mais cela suppose aussi d'articuler les rôles respectifs des acteurs publics et des acteurs privés (A).

A. Articulation des relations acteurs publics - acteurs privés

À l'issue de ce rapide tour d'horizon des modalités pratiques de diffusion des décisions de justice, demeure la question plus institutionnelle du degré d'implication du service public de la Justice dans la mise à disposition des décisions au grand public. Face à des corpus de données dont la mise à disposition du public à titre gratuit suscite trop de difficultés et de dépenses, en raison des risques de ré-identification et d'atteinte à la vie privée, le secteur public est en droit de renoncer à cette diffusion numérique grand public.

Il peut donc envisager de faire peser la charge de cette anonymisation sur le réutilisateur, c'est-à-dire sur l'acteur du secteur privé qui souhaiterait accéder à de tels corpus. L'article R. 322-3 CPRA stipule, en effet, que « *lorsque la réutilisation n'est possible qu'après anonymisation des données à caractère personnel, l'autorité détentrice y procède sous réserve que cette opération n'entraîne pas des efforts disproportionnés* ».

Outre l'usage marchand que cet acteur privé fera des données qu'il aura préalablement anonymisées (statistiques, barèmes, analyses prédictives), la question se posera alors de l'opportunité de lui demander d'assurer la diffusion grand public du corpus ainsi anonyme.

280/V. art. L. 213-2 du code du patrimoine.

B. Licéité du nouveau traitement de réutilisation des informations publiques

Modifié par la loi « République numérique », le nouvel article L. 322-2 CRPA dispose que « la réutilisation d'informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Ce jeu de renvoi n'est guère éclairant et cette disposition est moins précise que la précédente, laquelle comportait un alinéa supplémentaire disposant que « les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet ».

Toujours est-il qu'il conviendra de s'assurer que ce nouveau traitement est licite. Or il risque d'opérer un détournement de finalité par rapport au traitement initial ayant présidé à la constitution de la base de données, laquelle participait de la mission de service public de la justice.

D'où l'intérêt de bien préciser, en amont, pour les nouvelles bases de jurisprudence constituées par les juridictions, les finalités du traitement initial et les usages futurs des données. Cela permet de verrouiller la réutilisation de ces décisions de justice sur des finalités légitimes. Cela oblige les acteurs publics à se prononcer sur la nature des réutilisations admissibles, quand les données ne sont pas anonymisées.

C. Interdiction du traitement de certaines données

S'agissant des décisions de justice, deux catégories de données appellent évidemment l'attention :

- d'une part, les données sensibles, visées à l'article 8 de la loi de 1978, dont le traitement est interdit, sauf hypothèses prévues par la loi ;
- d'autre part, les données relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté²⁸¹, dont le traitement est réservé, par l'article 9 de la loi de 1978, à certaines personnes physiques et morales²⁸².

Cela signifie, *a contrario*, que la plupart des entreprises privées, par exemple, ne pourront, en aucun cas, être autorisées à télécharger tout ou partie des bases contenant des décisions relatives à des infractions et à traiter ce type de données.

Il n'en demeure pas moins un créneau entrepreneurial immense, constitué par l'exploitation du *big data*, à partir des données anonymisées, activité qui supposera de fortes garanties d'anonymisation au niveau de la réutilisation des informations publiques.

281/ V. CE, 28 juill. 2004, n° 262851, Sté Infobail : Rec. CE.

282/ v. aussi les articles 9 et 10 du règlement européen du 27 avr. 2016 préc.

