



HAL
open science

Numérique, droit et justice

Thierry Kirat, Antoine Louvaris

► **To cite this version:**

Thierry Kirat, Antoine Louvaris. Numérique, droit et justice. Philippe Bance; Jacques Fournier. Numérique, action publique et démocratie, Presses universitaires de Rouen et du Havre, pp.383-399, 2021, 979-10-240-1521-7. halshs-04185805

HAL Id: halshs-04185805

<https://shs.hal.science/halshs-04185805>

Submitted on 23 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Numérique, droit et justice

Thierry Kirat (Directeur de recherche au CNRS et Professeur attaché à l'Université PSL, IRISSO)

Antoine Louvaris (Professeur de droit public à l'Université Paris-Dauphine PSL, Président du comité de pilotage de l'Institut Droit Dauphine, CR2D)

08/07 /2020

La République, pour numérique qu'elle est devenue¹, est un Etat de droit dont la pérennité est garantie par la justice, entrée dans le XXIème siècle². Dans quelle mesure alors, le numérique (T. Kirat, M. Sweeney, 2018) avec son fonds inépuisable, le Big Data³ et sa cheville ouvrière, l'algorithme⁴, transforme-t-il les relations du droit et de la justice ?

La réponse, en termes brefs, suppose d'abord qu'on dispose d'un inventaire fiable des techniques en cause **(I)**. Elle implique ensuite qu'on décrive l'action du numérique sur la Justice, par le truchement du droit **(II)**. Elle nécessite enfin qu'on illustre la rétroaction de la justice sur le numérique, par le canal du droit. **(III)**

I- Les technologies du droit numérique

A- Domaines scientifiques et techniques concernés

Les applications numériques au monde du droit sont plurielles et diverses. Il est courant d'assimiler ces applications à l'intelligence artificielle (IA) et au Big Data, ce qui est contestable dans la mesure où ces derniers ne représentent qu'une partie des technologies mises sur le marché à la destination des professions juridiques. Ainsi, les outils de résolution en ligne des litiges ou les applications informatiques permettant de rechercher un avocat bien noté par ses clients (sur le modèle du « *ranking* » des restaurants ou des hôtels) ne sont pas fondés sur des technologies relevant de l'IA.

¹ L'open data, c'est à dire leur libre accès et leur réutilisation, des décisions de Justice, prévu par les articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, est le terreau du développement de la digitalisation de la justice.

² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

³ « *Ensembles de données numériques extrêmement volumineux, détenus par les sociétés, les gouvernements ou n'importe quelle autre organisation et qui sont ensuite analysés en profondeur grâce à des algorithmes informatiques permettant ainsi le passage de données brutes à des données valorisées* » (Pican, 2015, p. 12).

⁴ « *Suite finie de règles et d'opérations permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée. Cette suite peut être l'objet d'un processus automatisé d'exécution. Certains algorithmes, dits auto-apprenants, voient leur comportement évoluer dans le temps selon les données fournies* » (Cadiet, 2017, p. 14). L'algorithme va ainsi de la recette de cuisine aux processus complexes de « *deep learning* » ou « *apprentissage profond* », technique par laquelle un logiciel effectue des opérations spécifiques qu'il n'a pas été programmé explicitement à réaliser et sans être guidé par une intervention humaine (Cadiet, 2017, p. 13).

S'agissant de l'IA dans le monde du droit, du point de vue scientifique, plusieurs champs, plus ou moins nouveaux, sont concernés⁵ : les systèmes-experts (applications informatiques destinées à dupliquer les savoirs des experts), le traitement automatique du langage naturel, l'apprentissage machine.

Les systèmes-experts ne sont pas une technologie récente. Ils ont été développés surtout dans les années 1980, selon Emmanuel Barthe, « *dans l'objectif de reproduire les mécanismes cognitifs d'un expert, dans un domaine particulier, par des règles logiques.* ». Plusieurs applications de « *justice prédictive* » (par exemple « *Jurisprudence chiffrée* ») reposent en grande partie sur cette technologie, complétée par de outils de gestion de l'information juridique (constitution d'un thesaurus et d'un index).

Le traitement automatique du langage naturel (TAL) se subdivise différentes branches : la traduction automatique, la classification et le clustering syntaxique, et l'extraction d'information à partir de textes. L'apprentissage machine se décline en deux grandes orientations : en premier lieu le « *predictive analytics* », qui renvoie à l'utilisation de logiciels capables de traiter des masses de données massives et à réaliser des analyses statistiques et/probabilistes ; en deuxième lieu, l'apprentissage profond, par lequel les machines, organisées en un réseau de neurones, traitent les données sans intervention humaine. Ce que l'on appelle l'IA en droit recoupe en réalité une combinaison de Big Data, de TAL et d'apprentissage machine.

A cet égard, Emmanuel Barthe, estime encore que, s'agissant du TAL, il peut soit être « *dopé par le machine learning et l'analyse syntaxique* » (ce qui est rare), soit être « *à base de systèmes experts s'appuyant eux-mêmes sur les chaînes de caractères* ». Il conclut que « *les soi-disant "intelligences artificielles" en droit sont en fait a) des moteurs de recherche de nouvelle génération (tous) et b) des systèmes d'aide à la décision (en France, uniquement Predictice et Case Law Analytics). Pas des cerveaux juridiques.* »⁶

B-Etat des applications mises en œuvre dans le monde du droit

Il est difficile d'en évaluer la diffusion des applications numériques faute de statistiques et de typologie normalisée. Une étude du cabinet d'audit Day One réalisée en 2017 sur 140 start-up dans le domaine du droit et du digital (dites « *Legal Techs* »⁷) dans le monde montre que seulement 11 % d'entre elles entre dans la catégorie « *justice prédictive* » (calcul de probabilités à partir de décisions de justice, systèmes intelligents et d'IA, visualisation de données issues du big data) (Day One, 2017, p.5). Les autres Legal Techs sont davantage présentes dans les domaines de la résolution en ligne de conflits juridiques et de l'aide à la gestion de l'information juridique, allant de la recherche de jurisprudence à la production automatisée de documents juridiques, en passant par la revue de documents.

⁵ Emmanuel Barthe en donne une analyse détaillée sur son blog : <https://www.precisement.org/blog/-Logiciels-Internet-moteurs-de-.html>.

⁶ <https://www.precisement.org/blog/-Logiciels-Internet-moteurs-de-.html>

⁷ On peut les définir comme des entreprises d'innovation numérique offrant des gammes variées de services juridiques dématérialisés.

Une étude récente du *Networked Society Institute* de l'Université de Melbourne (Bennett et alii, 2018) présente un diagnostic de l'état d'avancement des outils de conseil juridique automatisés (ALAT : Automated Legal Advice Tools). Cette étude propose de classer ces outils en cinq sous-ensembles, selon une échelle d'intelligence artificielle croissante.

- Les technologies autonomes telles que les chatbots juridiques et les assistants virtuels,
- Les « *facilitateurs* » (*enablers*) de conseils juridiques tels que la rédaction automatisée ou la revue de documents juridiques et les algorithmes juridiques,
- Les « *facilitateurs approfondis* » de conseils juridiques tels que l'analytics de données juridiques, les outils prédictifs et l'IA juridique
- L'automatisation de conseils juridiques via les contrats véritablement intelligents,
- Un ensemble de technologies automatisées facilitant de nouveaux modèles d'affaires dans les professions juridiques et la création de nouvelles entreprises spécialisées dans les technologies juridiques.

Selon les auteurs de l'étude, une évolution amorcée dans les années 2010 va dans le sens d'un approfondissement de la composante en intelligence artificielle dans le monde du droit, qui est corrélée avec l'émergence de nouveaux acteurs et une segmentation croissante des professions juridiques. Les « *Law Firms* » capables de l'inscrire dans l'évolution technologique et d'en tirer profit mettent en danger les cabinets d'avocats de petite taille et incapables d'opérer une mutation technologique.

II- L'action du numérique sur la Justice, par le truchement du droit

A- Action de l'algorithme sur l'accès au juge et sur son office.

La justice prédictive (Louvaris, 2018 ; Kirat et Sweeney, 2019), au sens strict, c'est à dire comme anticipation assurée d'une décision de justice, n'existe pas, mais la justice quantitative, voire prévisible⁸, oui. Le juge robot (Abitboul et G'Sell, 2020) relève encore de la science fiction, le juge « *augmenté* » par l'algorithme d'une réalité en devenir.

Il ne faut cependant pas exclure que la transformation numérique de la justice, portée par la loi de modernisation de la justice⁹ et la loi de programmation et de réforme de la

⁸ Une prévision est une assertion probabiliste relative à des événements futurs et dotée d'une fiabilité suffisamment élevée, alors qu'une prédiction est une affirmation sur l'avenir apodictique (non probabiliste) et supposée certaine quant à sa réalisation.

⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

justice¹⁰ n'encourage à l'évitement du juge ou à une économie de temps judiciaire dans certains contentieux.

La loi de programmation et de réforme de la Justice consacre la possibilité de développer le recours à des services en ligne de conciliation ou de médiation, dont l'étude d'impact souligne l'intérêt en termes de réduction, à terme, du volume des saisines contentieuses¹¹. Elle permet également un tel recours pour l'arbitrage. Les services offerts par ces plateformes de résolution extra-judiciaire des différends peuvent être rémunérés ou non, mais ils seront fournis exclusivement par le secteur privé. Le Ministre de la justice s'est en effet opposé à la création d'un service public proposé par le député Bras pendant la discussion parlementaire sur le projet de loi. La loi de programmation et de réforme de la justice modifie la loi de modernisation de la justice de 2016 en ajoutant à son article 4 un certain nombre de dispositions nouvelles relatives aux obligations des personnes physiques ou morales proposant un service en ligne de médiation ou de conciliation et celles proposant un service en ligne d'arbitrage : impartialité et confidentialité ; protection des données personnelles ; obligation de donner une information détaillée sur les modalités avec lesquelles le service est rendu ; interdiction de procéder sur le seul fondement d'un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel (sauf si les parties y consentent).

Outre ces possibilités d'évitement du juge, la loi de programmation et de réforme de 2019 promeut des solutions de règlement des litiges qui vont dans le sens d'une économie de temps judiciaire :

-le règlement des petits litiges de la vie ordinaire (consommation, conflit de voisinage, injonction de payer ou de faire) sans audience et dans le cadre de procédures dématérialisées. La loi insère deux articles au Code de l'organisation judiciaire : l'article L 212-5-1 permet de recourir à une procédure exclusivement écrite à condition que les parties en soient expressément d'accord ; l'article L 212-5-2 autorise le traitement, dans le cadre d'une procédure dématérialisée et sans audience des oppositions aux ordonnances portant injonction de payer statuant sur une demande initiale n'excédant pas un montant défini par décret en Conseil d'Etat et les demandes formées devant le tribunal judiciaire en paiement d'une somme n'excédant pas ce montant.

-le traitement dématérialisé des injonctions de payer devant une juridiction à caractère national. L'article 27 de la LPRJ de 2019 modifie le Code de l'organisation judiciaire en y ajoutant un article L 211-17 qui confie le contentieux des injonctions de payer à un tribunal judiciaire désigné par décret, qui tient lieu de juridiction à compétence nationale et un L 211-18 qui impose la dématérialisation de ces procédures. L'étude d'impact du projet de loi de programmation et de réforme de la justice évalue le gain attendu de l'ordre de 185 Équivalents Temps Plein annuel Travaillés (ETPT) et de 15 ETPT pour les magistrats¹².

¹⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹¹ Étude d'impact sur le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Avril 2018, page 37.

¹² Étude d'impact précitée, p.117

B- Reconfiguration du système des acteurs de la justice

La profession d'avocat n'est pas sans être impactée par les innovations qui touchent la numérisation du droit. Les transformations de la profession seront profondes, et elles iront au-delà de la robotisation de tâches routinières et affecteront les activités créatrices (Susskind R. et D., 2015). Cela signifie que machines intelligentes peuvent désormais remplacer du travail humain à dimension cognitive et créative plutôt que routinière.

Dans le même sens, les modèles d'intelligence artificielle des Legaltechs risquent de se substituer aux avocats qui restent attachés à un modèle archaïque et n'entrent pas dans un " *modèle entrepreneurial*" (Garapon, 2017). De tels risques sont certainement en jeu. Toutefois, dans l'état actuel des Legaltechs, ils ne sont pleinement avérés compte-tenu de la forte concentration des innovations sur les solutions de gestion de l'information, la rédaction de contrats « intelligents » plutôt que sur les algorithmes de justice prédictive.

Quoi qu'il en soit, l'usage des résultats d'algorithmes ne saurait remplacer le travail strictement juridique. Selon certains auteurs, qui évaluent la pertinence des "*Pratiques juridiques non autorisées*" (« *Unauthorized Legal Practices* ») pour réguler l'usage de robots par les cabinets de lawyers, les modèles prédictifs ne remplaceront jamais les avocats, dans la mesure où la dimension de conseil est majeure dans la profession (Remus D. et Levy F., 2016). Toutefois, ils estiment également nécessaire que les instances professionnelles s'emparent du sujet du droit numérique et actualisent leurs règles internes, qu'il s'agisse de règles déontologiques ou de règles disciplinaires. En effet, l'usage d'algorithmes complexes en amont du conseil au client (par exemple la décision d'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. Ainsi, une question déontologique pour les avocats sera de ne pas sélectionner les clients en fonction du « *verdict* » produit par les systèmes de « *jurisprudence chiffrée* », dans l'hypothèse où le profil du client serait associé à une faible probabilité de victoire judiciaire, ou à de faibles montants de dommages et intérêts.

Il importe de souligner que le recours aux technologies numérique n'est pas sans incidences sur les le rôle et la situation des avocats et des conseils juridiques. S'il est encore trop tôt pour faire un diagnostic définitif sur les effets des mutations technologiques en cours sur les professions juridiques, des enjeux importants commencent à se dessiner. Ainsi, aux États-Unis, une décision d'une cour d'appel fédérale américaine, rendue à l'occasion d'un litige porté par un avocat collaborateur d'un cabinet contre les associés défend que le fait de cantonner un avocat à des tâches de recherche juridique qui pourraient être réalisées par une machine revient à le priver de l'exercice de sa profession juridique. En substance, si cette décision faisait jurisprudence, elle reviendrait à poser que la recherche juridique n'est plus une activité juridique dès lors qu'elle est automatisable¹³.

¹³ Court of Appeals, 2nd Circuit, 23 juillet 2015, *Lola v. Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*.

C- Apparition de nouveaux acteurs

L'apparition et le développement des Legal Techs offrant une grande diversité de services à base de numérique et d'IA dans le domaine juridique posent des questions essentielles : fournissent-elles des conseils juridiques, ou des simples informations, sachant que la frontière entre les deux n'est pas aisée à tracer ? Sont-elles complémentaires aux professions juridiques, ou viennent-elles les concurrencer ?

S'agissant de la première question, une application comme DoNotPay, qui permet aux automobilistes de contester une amende pour stationnement irrégulier, ne fournit pas une simple information mais organise une procédure de contestation et de ce fait réalise une action juridique. Les exemples sont trop nombreux pour être inventoriés ici, mais la quasi-totalité des nouveaux acteurs que sont les Legal Techs fournissent des conseils juridiques. Alors que les professions juridiques sont réglementées et soumises à des règles professionnelles, notamment à des règles déontologiques, les Legal Techs échappent à toute régulation. Aucune instance ni procédure ne définit leurs principes déontologiques, les pratiques normales et les compétences requises pour fournir des conseils juridiques.

A ce propos, dans un rapport d'information sur le redressement de la justice du Sénat publié en 2017, des membres de la Commission des lois indiquent que les Legal Techs peuvent concurrencer la profession d'avocat : « *Demain, l'institution judiciaire ne disposera plus du quasi-monopole de la résolution des litiges. Le développement du marché du droit, grâce à l'utilisation d'internet et des technologies, crée une concurrence de fait avec ces nouveaux acteurs, que certains appellent des 'braconniers du droit' et qui proposent en réalité une grande variété de services nouveaux* » (Bas et alii, 2017, p.117)¹⁴.

¹⁴ Sénat, Rapport d'information n° 495 (2016-2017) de MM. Philippe Bas et autres, 4 avril 2017, p. 117

III- Rétroaction de la justice sur le numérique, par le canal du droit.

A- La régulation publique et privée des nouveaux acteurs de la justice

Plusieurs questions surgissent relativement à ce premier pan de la rétroaction, qui s'avère être une manifestation spécifique du phénomène général de rétroaction du droit sur la technique (Louvaris, 2007).

Du côté de la régulation publique, faudra-t-il élaborer un statut de la Legal Tech, en stabilisant ses frontières au regard de celles des professions réglementées du droit ? (Garapon A. et Vayr J., 2016)¹⁵. Devra-t-on réer un service public, sans monopole s'entend, facilitant l'usage des algorithmes prédictifs et des nouveaux instruments de digitalisation juridique, au plus grand nombre de justiciables possible ?¹⁶

Ne faut-il pas établir un véritable régime juridique de l'algorithme, notamment de sa transparence et de sa loyauté, avec l'affirmation d'un principe de correction et de retour de l'utilisation et d'un principe spécifique de responsabilité ?

Devra-t-on envisager une certification, ou mieux une labellisation, car la mutabilité des algorithmes rend vaine toute certification durable, par une autorité administrative indépendante (qui pourrait être la CNIL), ou sous sa responsabilité, avec un pouvoir de sanction administrative, sans préjudice d'une répression pénale spéciale ?

A cette intervention de la puissance publique peut s'ajouter une autorégulation des nouveaux prestataires numériques, avec le développement d'une éthique professionnelle exigeante qui pourra s'appuyer sur des chartes ou des codes professionnels et un droit souple d'origine privée susceptible de faire, à l'usage, l'objet de formes d'homologation par l'autorité publique, comme dans certains domaines financiers¹⁷. Une éthique de l'algorithme, c'est-à-dire, d'abord, de ses concepteurs, devrait ainsi irriguer ce milieu professionnel. Une corégulation avec les instances, ordinales ou autres, comme le Conseil national des barreaux, des professions du droit est aussi souhaitable.

¹⁵ L'activité des Legal Techs « ne saurait constituer l'assistance juridique que peut prêter un avocat à son client, à défaut de la prestation intellectuelle syllogistique consistant à analyser la situation de fait qui lui est personnelle, pour y appliquer la règle de droit abstraite correspondante » (Cass. crim. 21 mars 2017, n° 16-82437).

¹⁶ On notera l'intéressante proposition de loi, adoptée par le Sénat le 25 oct. 2017, d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice, et transmise à l'Assemblée nationale, qui prévoit la fixation réglementaire d'obligations déontologiques et d'information préalable au public, assortie de d'interdiction de fonction d'assistance et de représentation en justice sans recours à un avocat, des plateformes électroniques juridiques privées, avec à la clé des sanctions pénales, et la création d'« un service public gratuit en ligne d'aide à la résolution amiable des litiges ».

¹⁷ V. la nouvelle version (déc. 2017) de la charte éthique des Legal Techs, élaborée par les associations Open Law* le droit ouvert et l'ADIJ (Association pour le développement de l'informatique juridique) (<https://www.villagejustice.com/articles/charte-commune-legaltechs-avocats,22405.html>), et fondée sur les principes suivants : la qualité de service que peuvent attendre les acteurs économiques qui recourent aux services d'une Legal Tech, le respect des obligations en matière de sécurité et de confidentialité, le respect des périmètres d'intervention de chaque profession, et la responsabilité des acteurs de la Legal Tech.

Ces instruments juridiques relèveraient de la catégorie paranormative du droit souple, ici d'initiative privée, susceptible de guider les comportements des acteurs du marché concerné et d'être prises en compte, dans une certaine mesure, par le juge, notamment comme un paramètre d'appréciation de la responsabilité civile des entreprises qu'elles concernent.

A cet égard, on peut relever l'existence de la charte éthique pour un marché du droit en ligne et ses acteurs¹⁸ qui promeut les considérations suivantes :

« *Constats*

Premiers vecteurs de tension entre acteurs traditionnels et nouveaux entrants, l'éthique et la déontologie ont naturellement été envisagées comme un préalable indispensable aux réflexions sur l'économie numérique du droit car impactant de manière transversale l'ensemble des enjeux.

Solutions proposées

La Legal Tech et les professions réglementées agissent sur un marché sensible dans lequel le justiciable doit être protégé. Partant de ce constat, nous avons souhaité définir avec l'ensemble de ces acteurs un socle minimum de règles et de bonnes pratiques à respecter pour agir sur le marché du droit ou en tant que prestataire de services à des professionnels du droit ou des Legal Tech.

Plusieurs principes ont guidé nos travaux :

Identifier les principes et les attentes de chacun :

- En réunissant l'ensemble des travaux et normes édités en France par les professions réglementées et les Legal Tech.

- En interrogeant les acteurs sur leurs pratiques et leurs attentes vis à vis de nos travaux.

Faciliter la co-rédaction du texte :

- En instaurant un dialogue équilibré entre la Legal Tech et les professions réglementées qui étaient jusqu'à présent en opposition et souvent en conflit.

- En facilitant la libre participation à nos travaux afin de construire de manière collaborative le texte final. »

Présenter à l'ensemble de la communauté une première version de la charte :

- Comme premier socle de règles et de bonnes pratiques partagées par l'ensemble des acteurs afin d'œuvrer pour la construction d'un marché du droit en ligne.

¹⁸ <https://www.charteethique.legal/>

- Afin de protéger l'intérêt du justiciable et l'Etat de Droit. »

B- La protection extrinsèque des droits fondamentaux face au développement du numérique

Est ici visé le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux dans l'utilisation du numérique par les institutions publiques et les personnes privées.

Le numérique a d'abord pour effet novateur de complexifier l'équilibre des droits fondamentaux et leur conciliation réciproque.

Il induit à cet égard une extension de la liberté d'expression et de la liberté de communication (internet, réseaux sociaux) et ouvre de nouveaux champs à la liberté d'entreprendre (Legal Techs, Plateformes numériques).

Mais il en fragilise d'autres (le droit au respect de la vie privée et familiale spécialement) et peut susciter des atteintes nouvelles à l'ordre public, protecteur des libertés fondamentales (messages haineux, injurieux, diffamatoires ou discriminatoires, criminalité digitale transnationale).

Plus classiquement, car, somme toute, il s'agit d'une démarche ordinaire du contrôle juridictionnel de la puissance publique, appartient-il à la justice de contrôler l'usage du numérique par les décideurs public et privés.

Cependant, la nouveauté vient ici des capacités exponentielles du numérique en ce qu'il augmente les capacités invasives de la décision publique, tant en termes d'accès aux données que de traitement des données.

La rencontre de ces deux facettes du numérique produit une configuration de régulation des relations entre le numérique et les droits fondamentaux ainsi décrite par le Conseil d'Etat : *« Cette diffusion généralisée des données personnelles et la tendance des acteurs économiques à les regrouper sont porteuses de risques pour les individus, que l'étude classe en six catégories : la diffusion de données personnelles en dehors de la volonté de l'individu concerné ; la réception de plus en plus fréquente de publicités de plus en plus ciblées et personnalisées ; le développement de pratiques commerciales abusives, consistant en une différenciation entre les clients à partir de l'exploitation de leurs données ; les risques de réputation, pouvant conduire à des restrictions dans l'accès à l'assurance, au crédit, à l'emploi ; les utilisations malveillantes, portant directement atteinte aux biens ou aux personnes ; l'utilisation des données personnelles par les pouvoirs publics à des fins de sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité nationale, lorsqu'elle est excessive. »* (Conseil d'Etat, 2014, p.47).

Au total, le juge est appelé à jouer le rôle d'arbitre et de régulateur de ces contradictions aussi inévitables que risquées.

On peut pour illustrer cette délicate mission du juge s'intéresser à des contentieux aussi récents qu'emblématiques

Ainsi, premièrement, au titre des garanties des sujets de droit au regard du développement exponentiel du numérique, des récents arrêts rendus par la CJUE en matière de déréférencement sur les moteurs numériques, tout en nuance, est topique de cet exercice délicat, d'autant plus qu'il statue à la fois sur la responsabilité des personnes privées, les gestionnaires des moteurs, en l'espèce Google, et sur la régulation par la CNIL en la matière. Ainsi, ce sont en quelque sorte, les puissances privées et la puissance publique qui ont été convoquées au prétoire européen de l'équilibre droits fondamentaux/numérique, pour y voir statuer sur leur prérogatives respectives, au regard du droit fondamental à la protection de la vie privée de la personne physique concernée¹⁹.

Le droit au déréférencement permet à toute personne de demander à un moteur de recherche de supprimer certains résultats associés à ses noms et prénoms qui apparaissent à partir d'une requête faite sur son identité²⁰. Cette suppression ne signifie pas l'effacement de l'information sur le site internet source.

Dans sa première décision, la Cour apporte d'utiles précisions sur les conditions dans lesquelles les personnes peuvent obtenir le déréférencement d'un lien apparaissant dans un résultat de recherche, lorsque la page auquel le lien renvoie contient des informations relatives à des informations sensibles (par exemple, leur religion, leur opinion politique ou l'existence d'une condamnation pénale).

Elle a adapté les dispositions du RGPD aux moteurs de recherche, leur permettant ainsi de bénéficier d'un régime dérogatoire. Lors d'une demande de déréférencement de données personnelles sensibles, le moteur de recherche devra faire droit à la demande à moins que l'une des dispositions relatives aux exceptions ne soit applicable.

Dans son deuxième arrêt, la Cour juge que, en l'état actuel, il n'existe pas, pour l'exploitant d'un moteur de recherche qui fait droit à une demande de déréférencement formulée par la personne concernée, le cas échéant, suite à une injonction d'une autorité de contrôle ou d'une autorité judiciaire d'un État membre, d'obligation découlant du droit de l'Union de procéder à un tel déréférencement sur l'ensemble des versions de son moteur.

Le droit de l'Union oblige, toutefois, l'exploitant d'un moteur de recherche à opérer un tel déréférencement sur les versions de son moteur correspondant à l'ensemble des États membres et de prendre des mesures suffisamment efficaces pour assurer une protection effective des droits fondamentaux de la personne concernée.

Ainsi, un tel déréférencement doit, si nécessaire, être accompagné de mesures qui permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager

¹⁹ CJUE, Gde chambre, 24 septembre 2019 (2 esp.), C- 136/17 et C- 507/17 et subséquemment, CE, 6 décembre 2019 (13 décis.), n° 391000 ; n° 393769 ; n° 395335 ; n° 397755 ; n° 399999 ; n° 401258 ; n° 403868 ; n° 405464 ; n° 405910 ; n° 4077 ; n° 409212 ; n° 42332 ; n° 429154 sur le droit à l'oubli

²⁰ CJUE, 13 mai 2014, Google Spain et Google, C-131/12. Le règlement général sur la protection des données (RGPD), entré en application le 25 mai 2018, l'a formellement consacré (Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, art.17, Droit à l'effacement («droit à l'oubli»).

les internautes effectuant une recherche sur la base du nom de la personne concernée à partir de l'un des États membres d'avoir, par la liste de résultats affichée à la suite de cette recherche, accès, via une version de ce moteur « hors UE », aux liens qui font l'objet de la demande de déréférencement.

La CNIL s'est notamment appuyée sur ces arrêts pour élaborer un FAQ sur le droit au déréférencement.

Quant au Conseil d'Etat, à l'origine des questions préjudicielles qui ont conduit la CJUE à préciser sa jurisprudence, il a, par ses arrêts du 5 décembre 2019 précités²¹, il a tracé, eu égard à la réponse balancée de la CJUE, un véritable cadre jurisprudentiel de contrôle adapté aux sinuosités du problème à traiter.

Quatre principes doivent guider le juge :

-se prononcer en tenant compte des circonstances et du droit applicable à la date à laquelle il statue ;

-le déréférencement d'un lien associant au nom d'un particulier une page web contenant des données personnelles le concernant est un droit ;

-le droit à l'oubli n'est pas absolu. Une balance doit être effectuée entre le droit à la vie privée du demandeur et le droit à l'information du public ;

-l'arbitrage entre ces deux libertés fondamentales dépend de la nature des données personnelles

Trois catégories de données personnelles sont visées et font l'objet d'une protection décroissante :

- les données dites sensibles (données les plus intrusives dans la vie d'une personne comme celles concernant sa santé, sa vie sexuelle, ses opinions politiques, ses convictions religieuses ...),

- les données pénales (relatives à une procédure judiciaire ou à une condamnation pénale),

- les données touchant à la vie privée sans être pour autant sensibles.

Il ne peut être légalement refusé de faire droit à une demande de déréférencement que si l'accès aux données sensibles ou pénales à partir d'une recherche portant sur le nom du demandeur est strictement nécessaire à l'information du public. En revanche, pour la troisième catégorie, il suffit qu'il existe un intérêt prépondérant du public à accéder à l'information en cause.

Enfin, deux paramètres organiques et matériels sont à prendre en compte : le rôle social du demandeur (sa notoriété, son rôle dans la vie publique et sa fonction dans la société) et les conditions dans lesquelles les données ont été rendues publiques (notamment si l'intéressé a de lui-même rendu ces informations publiques) et restent par ailleurs accessibles.

²¹ V. supra note 19.

Un autre exemple de ces subtiles conciliations jurisprudentielles peut être donné, deuxièmement, en matière d'utilisation d'algorithmes d'aides à la décision publique, ce type de processus informatique se développant fortement dans la gestion publique, comme dans la gestion privée, (G'ssell, 2020) avec la décision du Conseil constitutionnel sur l'application Parcoursup²², pour l'entrée dans le premier cycle universitaire.

On y trouve l'affirmation d'une garantie constitutionnelle nouvelle des administrés et des nécessités de sa régulation administrative.

Saisi par le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel a en effet rendu une importante décision sur la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation, tel qu'issu de la loi n° 2018-166 du 8 mars 2018 relative à l'orientation et à la réussite des étudiants.

Le paragraphe I de l'article L. 612-3 du code de l'éducation détermine les règles d'inscription dans les formations initiales du premier cycle de l'enseignement supérieur dispensées par les établissements publics. Il prévoit que l'inscription dans l'une de ces formations est précédée d'une procédure nationale, de préinscription, avec une plateforme numérique susceptible d'utiliser des algorithmes, et au cours de laquelle sont portées à la connaissance des candidats les caractéristiques de chaque formation. Ces caractéristiques font l'objet d'un « *cadrage national* » fixé par arrêté du ministre de l'enseignement supérieur. Elles peuvent être complétées par les établissements pour prendre en compte les spécificités de leurs formations.

Consacrant l'existence d'un nouveau droit constitutionnel à l'accès aux documents administratifs, fondé sur l'article 15 de la déclaration de 1789²³, le Conseil constitutionnel a alors estimé que les dispositions étaient conformes à la Constitution, sous la réserve suivante.

Lorsque la procédure nationale de préinscription achevée, l'absence d'accès des tiers à toute information relative aux critères et modalités d'examen des candidatures retenues par les établissements porterait au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, tiré de la protection du secret des délibérations des équipes pédagogiques une atteinte disproportionnée au droit garanti par l'article 15 de la Déclaration de 1789.

Dès lors, chaque établissement d'enseignement supérieur ne saurait être dispensé de publier, à l'issue de cette procédure et dans le respect de la vie privée des candidats, les critères en fonction desquels les candidatures ont été examinées dans le cadre de Parcoursup, le cas échéant, sous forme d'un rapport. Les établissements devront

²² CC n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020.

²³ Aux termes de l'article 15 de la Déclaration de 1789 : « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». « *Est garanti, par cette disposition, le droit d'accès aux documents administratifs. Il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.* » (cons.8 décis. précit.).

préciser, le cas échéant, dans quelle mesure des traitements algorithmiques ont été utilisés dans le processus de sélection.

C- La protection extrinsèque des droits fondamentaux face au développement du numérique

Le dernier aspect de la rétroaction des droits fondamentaux résulte ici d'une démarche intrinsèque : la préservation du droit au procès équitable face à la numérisation de l'office du juge (Louvaris, 2018).

S'il ne fallait que citer un exemple, dans ce très rapide panorama, ce serait celui de l'utilisation processuelle des algorithmes.

Deux principes cardinaux s'imposent.

D'abord, l'algorithme ne saurait se substituer au juge²⁴ et sa légalité au regard par exemple des biais qu'il comporterait doit pouvoir être contrôlée par le juge. La matière pénale et répressive devrait, ensuite être exclue, même si ce n'est pas le cas aux États-Unis.

A cet égard, la jurisprudence de diverses juridictions suprêmes fédérées, non remise en cause par la Cour suprême fédérale, et développée en matière d'usage d'algorithmes au pénal, mais directement transposable aux procès civil et administratif, considère, au titre du « *due process* », équivalent du procès équitable, d'une part, que le résultat des algorithmes d'évaluation ne doit pas être utilisé comme un élément central dans la détermination de la peine, que, d'autre part, le résultat de l'algorithme doit pouvoir être utilement discuté et que le juge doit pouvoir discrétionnairement, sous réserve d'une motivation suffisante, s'en écarter²⁵.

Le respect du principe du contradictoire, et plus encore celui de l'égalité des armes²⁶, impose de plus que les parties puissent débattre du contenu, du bien-fondé ou de la qualité de l'algorithme et de ses résultats, dans le respect cependant du secret des affaires qui en protège le code source, lorsqu'il s'agit, du moins, d'un algorithme «

²⁴ CE, 4 février 2004, Caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde, n° 240023.

²⁵ V. not. Supreme Court of Wisconsin. *State of Wisconsin, v. Eric L. Loomis*, n°2015AP157-CR., July 13, 2016).

²⁶ L'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (CEDH *Regner c. République tchèque* [GC], § 146 ; *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, § 33) et il est méconnu lorsque l'adversaire a bénéficié d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes, a occupé une position dominante dans la procédure et exercé une influence importante sur l'appréciation du juge (CEDH, *Yvon c. France*, § 37). Au titre des obligations positives de l'Etat, l'accès d'une partie ne pouvant, notamment pour des motifs financiers, user d'un algorithme prédictif à un tel algorithme ne devrait pas soutenue par une intervention publique adaptée, au regard de l'utilisation par l'autre partie d'un algorithme (CEDH, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, § 72, par analogie).

propriétaire » privé. Le juge doit également motiver un usage sélectif des résultats algorithmiques.

On peut enfin espérer que le code de procédure civile et le code de justice administrative viennent décliner un statut contentieux de l'algorithme²⁷.

Conclusion

La numérisation du droit et la justice, notamment sous la forme de l'intelligence artificielle, suscite des réticences et des craintes pour certains, des espoirs de modernisation de la justice et de facilitation de d'accès au droit pour d'autres. Notre intention n'est pas de trancher entre ces deux tendances ; elle est plutôt de prendre la mesure des changements en cours et prévisibles et d'en dégager les enjeux en termes de régulation.

Si l'expression de « *juge robot* » est massivement utilisée dans les médias²⁸, elle n'a pas de traduction concrète, à ce jour, dans le monde de la justice (Abitboul et G'sell, 2020). Cependant, l'entrée en scène d'outils de justice « *prédictive* » ne manque pas de susciter des interrogations. La première est celle du statut d'aide à la décision que de tels dispositifs, comme le modèle COMPAS utilisé aux États-Unis pour évaluer le risque de récidive de personnes condamnées pénalement. Même si une Cour suprême d'Etat²⁹ a décidé que cette application ne peut fournir qu'une aide à la décision et en aucun être au seul fondement de ladite décision, la frontière entre les deux peut être difficile à tracer clairement (Keats-Citron, 2008). En deuxième lieu, la quantification que les modèles de justice prédictive permettent de réaliser ne sont pas sans risques d'influencer les décisions de juges amenés à évaluer le montant de réparations monétaires. Toutefois, une référence à des estimations quantifiées peut être assimilée au recours à un barème indicatif. Doit-on craindre une jurisprudence du fait, sur le modèle de la common law ? L'organisation judiciaire française laisse plutôt penser que des forces puissantes agissent dans le sens de la conservation d'une jurisprudence juridique plutôt que factuelle. Enfin, l'existence d'un traitement automatisé des infractions au Code de la route laisse présager la possible extension d'un tel traitement, en passant du tribunal de police au contentieux civil ordinaire, ou à une partie de celui-ci. Le recouvrement des impayés est, par exemple, aisément formalisable sous la forme d'un algorithme, calculant, pour un niveau de revenu et de dette, avec un taux d'effort fixé, l'échéancier du remboursement d'une créance.

Outre la justice « *prédictive* », les décisions algorithmiques constituent un enjeu majeur, à la fois pour les citoyens et les pouvoirs publics. Le droit européen est venu, par le truchement du RGPD, établir des garde-fous en matière de données personnelles. Mais

²⁷ V. aussi Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ, Conseil de l'Europe), Lignes directrices sur la conduite du changement vers la cyberjustice, CEPEJ (2016) 13, § n° 17 et n° 51. – <https://rm.coe.int/1680748154>.

²⁸ Par exemple : En Estonie, des robots vont bientôt rendre la justice, Usbek & Rica, 27 mars 2019 (<https://usbeketrica.com/article/estonie-robots-justice>) ; Les robots débarquent au tribunal, Les Échos, 19 juin 2019.

²⁹ V. supra note 25.

le RGPD ne consacre pas un droit à explication des décisions algorithmiques (Besse. et alii, 2018).

Il est vrai cependant que l'article 21 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles a modifié l'article 10 de la n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés pour que les décisions administratives individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique comportent, à peine de nullité, une mention explicite en informant l'intéressé et que le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions, afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Toutefois, l'effectivité de ce louable droit à explication se heurtera vraisemblablement à des difficultés techniques (surtout lorsque l'algorithme est « *opaque* », même pour son concepteur, c'est-à-dire basé sur un apprentissage-machine complexe) et cognitives (le citoyen ordinaire n'est ni un informaticien ni un statisticien).

Enfin, en guise de considération finale, force est d'invoquer les enjeux du respect du principe d'égalité en matière numérique, spécialement en termes de prohibition et de prévention des discriminations individuelles ou collectives.

La discrimination algorithmique peut en effet découler de différents types de biais (dans les données d'apprentissage, dans les variables retenues, dans le modèle, dans l'agrégation des données...), voire être le résultat non intentionnel du traitement informatique.

C'est donc un problème, certes non exclusivement mais essentiellement, technique, qui interroge, plus généralement, sur l'efficacité de la régulation dans ce domaine disruptif (G'sell, 2016) : le droit, et partant, la justice qui en garantit le respect, peuvent-ils être effectifs dans un univers technique aussi complexe qu'évolutif ? Les informaticiens et statisticiens peuvent-ils concevoir des algorithmes dits « *fair-by-design* » ? Les Legal Techs sont-elles aptes à promouvoir des normes éthiques via l'autorégulation ? En d'autres termes, l'intégration de l'éthique en IA passe-t-elle par le droit dur ou le droit souple ? Sans doute un mixte de ces deux compartiments de l'ordre juridique est-il requis, mais dans des proportions et suivant des modalités à déterminer.

Références bibliographiques

Abitboul S. et G'sell F., « Les algorithmes pourraient-ils remplacer le juge ? », *Le Big Data et le droit* (dir. F. G'Sell et O. Ben-Shahar), Dalloz, 2020, p .21.

Barthe E., *Nouvelles technologies - Les outils de l'intelligence artificielle pour le droit français*, JCP G 2019, doct. 381.

Bas Ph. et alii, Sénat, Rapport d'information n° 495 (2016-2017)

Bennett J. et alii, *Current State of Automated Legal Advice Tools*, University of Melbourne, Networked Society Institute, Discussion Paper 1, Avril 2018.

Besse Ph. et alii, *L'IA du quotidien peut-elle être éthique ? Loyauté des algorithmes d'apprentissage automatique*, *Statistique et Société*, vol 6, n° 3, décembre 2018.

Cadiet L., *L'open data des décisions de justice, Rapport de la mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice*, 2017.

Conseil d'Etat, *Étude annuelle, Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014.

Day One, *Droit & Digital : réalité et prospective*, 2017.

Garapon A., *Les enjeux de la justice prédictive*, JCP G 2017 n°31

Garapon A. Et Vayr J., *La LegalTech, une chance ou une menace pour les professions du droit ?*, LPA 18 sept. 2017, n° 129, p. 4.

G'sell F., « Les décisions algorithmiques », *Le Big Data et le droit* (dir. F. G'Sell et O. Ben-Shahar), Dalloz, 2020, p.87.

G'sell F., *Impact des innovations de rupture sur le marché des services juridiques : l'OCDE s'interroge*, JCP G 2016, doct. 445

Keats-Citron D., *Technological Due Process*, Washington University School of Law, 85 (6), 2008.

Kirat. T et Sweeney.M, *Comparaison d'applications de « justice prédictive » : le cas du contentieux de l'indemnisation du licenciement abusif*, JCP, 2019, suppl. au n°44-45, n°10.

Kirat. T et Sweeney.M, *La digitalisation du droit*, L'ENA hors les murs, 2018 n°481, p.33.

Louvaris A., « La justice prédictive entre être et devoir- être », in « *La justice prédictive* », Dalloz, Thèmes et commentaires, 2018, p.23.

Louvaris A., *Justice prédictive et droit à un procès équitable*, 2018 n°481, L'ENA hors les murs, p. 42.

Louvaris A., *Lois techniciennes et droit à un procès équitable : le cas des lois de régulation économique*, LPA 5 juill. 2007, n° 134, p. 60,

X. Pican, « L'impact du phénomène big data sur les entreprises : de la gestion à la valorisation des données numériques gigantesques », INPI, *La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, 2015, p. 11.

Remus D., Levy F., *Can Robots be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, document ssrn, 27/11/2016

Susskind R. et D., *The Future of the Professions*, Oxford University Press, 2015