

Anne BAUX

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MONTPELLIER
AUDIENCE DE RENTREE SOLENNELLE
28 SEPTEMBRE 2018

Mesdames, et Messieurs les hautes personnalités, chacun en vos titres, rangs et qualités,
Chers collègues, chers amis,

L'arrivée du numérique dans le champ du droit et de la justice n'est pas une mode passagère mais un mouvement profond et irréversible ; M. Nicolas Lafon vient à l'instant de vous exposer les grandes avancées de nos systèmes d'informations, de renseignements, de bases et d'enregistrement des données.

L'article 20 de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique¹ modifie l'article L. 10 du code de justice administrative le complétant par 4 alinéas dont :

- le 1^{er} précise que « *Ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées* »,
- et le, 2^{ème} ajoutant que « *Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes. (...)* » ; le code de l'organisation judiciaire voit son article L. 111-13 modifié dans le même sens.

Nos décisions, arrêts et jugements sont donc, selon le législateur des « *données d'intérêt général* » et devront, après anonymisation, être mis à la disposition de tous ; ils constitueront la matière première nécessaire au fonctionnement des futurs algorithmes dont le développement nous conduit à grands pas vers l'ouverture à tous et l'utilisation par tous, de l'ensemble des données jurisprudentielles : ce que l'on appelle « *l'open data* » (données en libre accès, librement utilisables, modifiables et transférables) ouvre un champ incommensurable d'outils et de données pour la justice désormais prévisible, la justice dite « *prédictive* » même si demeure le défi de l'anonymisation.

En effet, si l'on enlève systématiquement tous les éléments caractéristiques, ce qui est parfois nécessaire pour garantir l'anonymat, la lecture de la décision ou son analyse perdra en grande partie son intérêt, si on laisse, par ailleurs, ne serait-ce que quelques éléments, avec l'évolution des techniques d'identification dynamique qui croisent de multiples bases de données, alors l'anonymisation deviendra illusoire ; toutefois, ce défi purement technique sera relevé, nous n'en doutons pas.

La justice prédictive est définie selon le rapport² remis à Mme la garde des Sceaux, Nicole Belloubet, en novembre 2017, par M. Loïc Cadiet, et intitulé *L'open data des décisions de justice* comme « *un ensemble d'instruments développés grâce à l'analyse de grandes masses de données de justice qui proposent, notamment à partir d'un calcul de probabilités, de prévoir autant qu'il est possible l'issue d'un litige* ».

¹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

² Rapport sur L'open data des décisions de justice, Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, remis en novembre 2017 à Mme le garde des Sceaux, Ministre de la Justice

Ainsi, ce nouvel « *open data* » est-il la raison d'être de ce nouveau concept ; la justice prédictive se nourrit de cette ouverture progressive, massive et gratuite des bases de données.

Méfions-nous cependant de nous-mêmes et de notre propension à croire que ce que nous créons est inédit : dès le XVIII^{ème} siècle, d'autres avaient déjà tenté de faire émerger la notion de probabilité des jugements.

Ils s'appelaient Bernoulli ou Simon-Denis Poisson, le 1^{er} avait soutenu une thèse sur l'utilisation judiciaire des probabilités et le 2nd, en 1837, avait publié un ouvrage intitulé : « *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile* » : les juristes avaient été hostiles à cette révolution ; le droit, science humaine par excellence, semblait alors incompatible avec des outils technologiques que d'autres secteurs commençaient pourtant à s'approprier.

Aujourd'hui, les progrès technologiques et l'accès de tous aux bases de données judiciaires ont fait émerger cette « *nouvelle justice* ».

Les « *legal tech* », start up ainsi dénommées parce qu'elles utilisent de manière croisée droit et numérique, s'en sont saisies ; elles n'en sont plus ni aux balbutiements, ni à l'automatisation qui ont conduit à l'élaboration des moteurs de recherches et des bases de données que nous utilisons tous mais elles se trouvent maintenant dans la dernière phase de leur développement, celle de l'aide à la décision.

Cette dernière phase est peut-être la plus complexe parce qu'elle touche au cœur de l'activité que nous imaginions proprement humaine : la prise de décision.

En effet, les algorithmes de justice prédictive vont vous permettre de calculer les chances de succès d'un procès devant une juridiction, le montant des indemnités qu'il est possible d'obtenir, d'identifier les arguments de fait ou de droit les plus susceptibles d'influer sur la décision juridictionnelle...., ils vont nous permettre de connaître les pratiques de nos collègues avec encore davantage de précisions, de stabiliser et d'harmoniser nos décisions toujours plus finement : c'est une révolution majeure nous dit M. Antoine Garapon, magistrat judiciaire, dans son ouvrage intitulé « *Justice digitale* »³ je cite : « *elle va permettre d'atteindre un niveau de réalité qui était jusqu'à présent inaccessible. C'est non seulement toute la production qui devient transparente mais aussi le détail, juge par juge, argument par argument, partie par partie. (...)* ».

En effet, l'analyse prédictive est organisée grâce à des moteurs de recherches, sémantiques et intelligents, permettant de trier des informations selon leur sens ou leurs caractéristiques précises (ex : *trouver toutes les décisions de la CAA de Marseille qui depuis un an ont prononcé la condamnation du CHRU de Montpellier à payer entre 2 000 et 15 000 euros eu titre de la réparation de tel préjudice*) et parce qu'il n'existe jamais 2 litiges parfaitement identiques, les algorithmes seront capables de croiser les observations pour créer des modèles prédictifs complexes, ce qui permettra de comprendre l'impact d'un facteur ou d'une combinaison de facteurs sur la solution du litige ; ainsi, en appliquant ces modèles aux caractéristiques d'un litige, il sera possible d'en évaluer les probabilités de résolution.

Enfin, la technologie est désormais capable de comparer et d'évaluer plusieurs stratégies contentieuses habilitant l'utilisateur à choisir l'option qui a statistiquement le plus de chances de succès en fonction des variables de l'affaire.

³ A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, juin 2018

Ainsi, si ces nouveaux outils remplissent leurs objectifs, ils devraient permettre au magistrat d'éviter le traitement de dossiers répétitifs ou trop simples, de fait, soumis à un traitement algorithmique.

Ils devraient également nous donner la possibilité de déjudiciariser certaines affaires en les dirigeant vers des modes de règlements amiables (conciliation, médiation, transaction) où le rôle de conseil de l'avocat serait, en tout 1^{er} lieu, concerné.

Enfin, fournissant à l'avocat une solution complémentaire à son expertise, ces outils pourraient lui permettre d'adapter sa stratégie ou son argumentation.

Ce nouvel outil d'aide à la décision tenterait ainsi de faire disparaître l'aléa contentieux, de le modéliser.

Cet aléa, angoisse des justiciables et de leurs conseils mais « sel » du dossier contentieux disparaîtrait alors au prix d'une confiance retrouvée ... en une Justice prévisible.

L'outil semble étonnant, si ce n'est redoutable, il l'est certainement et comme tout nouvel outil, il effraie.

**Devons-nous nous en méfier ? J'avoue mon hésitation.
J'ai cependant quelques certitudes que je vais vous livrer.**

Nos pratiques professionnelles évoluent et s'il est vrai que nous pensons que la justice administrative a, ces 100 dernières années, beaucoup évolué, tendons nos regards vers des mondes qui nous sont moins familiers ; observons par exemple le monde médical.

Il y a 100 ans, la pratique médicale n'était qu'artisanale.

Aujourd'hui, le monde médical ne sait pas tout, ne peut pas tout mais il est accessible à tous par la voie de l'internet.

Les dernières recherches font état de ce que 95 % des mélanomes sont dépistés par ordinateur alors que les médecins n'en dépistent que 87 % ; les oncologues font désormais appel à l'intelligence artificielle pour trouver, pour imaginer ou pour choisir des traitements ainsi optimisés.

L'intelligence artificielle traite davantage de données que le cerveau humain tout simplement parce que notre cerveau voit moins de couleurs qu'un ordinateur !

Sont par ailleurs pratiquées des interventions auxquelles il y a 30 ans encore personne ne rêvait : des greffes multiples, des ablations sous coelioscopie, des reconstructions faciales, des opérations à distance ou sous hypnose....

Le monde juridique a-t-il fait ce pas immense vers la science : je ne le crois pas.

La profession d'avocat s'est-elle à ce point modifiée, je ne le pense pas ; d'autres professions juridiques qui n'ont su évoluer, ont disparu.

Le monde du droit a tiré profit de l'innovation mais moins que d'autres ont su le faire ; n'est-ce pas davantage de cette réticence et non de l'innovation dont il nous faut aujourd'hui nous méfier ?

En revanche, il est sûr que cette innovation doit être encadrée : cela nous savons le faire : ériger des digues juridiques qui encadrent et qui protègent.

Le rapport Cadet remis à Mme le Ministre de la Justice suggère un certain nombre de mesures permettant la mise en application de la loi par laquelle nous avons débuté notre propos ; il préconise, en sa 20^{ème} recommandation, une régulation efficace des outils de justice prédictive, par : (je cite) :

- l'édiction d'une obligation de transparence des algorithmes ;
- la mise en œuvre de mécanismes souples de contrôle par la puissance publique ;
- l'adoption d'un dispositif de certification de qualité par un organisme indépendant

Ces préconisations seront essentielles ; la justice prédictive devra rendre publics ses algorithmes et ne pas se cacher derrière des droits de fabrication : l'enjeu est ici éthique.

Cette nécessaire transparence sera en outre insuffisante si la neutralité des algorithmes utilisés ne peut être vérifiée ; les algorithmes peuvent se tromper ; ils peuvent être injustes ou pérenniser un état de fait voire répercuter les choix de leurs créateurs ; une méthode d'exploitation tout aussi explicite et transparente devra ainsi être retenue afin de pouvoir être discutée et critiquée, tant par le juge que par les parties, ce que permettront certainement l'adoption d'un dispositif de certification de qualité par un organisme indépendant et la mise en œuvre de mécanismes souples de contrôle par la puissance publique.

L'algorithme ne peut avoir un rôle de prophétie auto-réalisatrice, consistant à tordre le réel pour le faire correspondre à son anticipation ; cet effet secondaire apparaît le plus souvent dans des systèmes totalement automatisés dans lesquels la recommandation et la décision sont prises par une machine.

Aussi, convient-il que le juge demeure « *maitre des horloges* » : il ne devra perdre ni sa liberté d'expression, ni sa liberté d'appréciation, ni son indépendance et pour ce faire, il est nécessaire qu'il reste maître du litige, de la question juridique posée, de son interprétation et des conséquences à en tirer : la justice prédictive ne saurait limiter le droit au recours ni davantage circonscrire l'office du juge et ainsi malmenier son droit à traiter d'une affaire et à la résoudre au-delà (différemment) du « prévisible ».

Le bouleversement le plus radical est certainement celui que génère la justice prédictive sur le concept même de jurisprudence.

Il s'agit d'un véritable glissement conceptuel : de la norme élaborée par la juridiction suprême, l'acceptation bascule vers une notion élargie prenant systématiquement en compte les arrêts et jugements des juridictions du fond, en ne faisant pas davantage le départ entre les différentes formations de jugement ; à ce sujet A. Garapon et J. Lassègue précisent dans leur ouvrage déjà cité : « (...) *La logique prédictive produit un savoir plus horizontal. La norme issue d'un logiciel prédictif ne procède plus du raisonnement juridique mais de la masse des décisions en faveur de telle solution ou de tel montant. (...) C'est la masse des corrélations et non plus le raisonnement ou l'autorité de principe qui fait le droit (...)* ».

Ainsi, l'impossibilité actuelle pour les algorithmes de connaître de la hiérarchie des normes ajoutée à ce « mélange des genres » qui naît de la fusion de toutes les décisions rendues quels que soient le juge, la formation de jugement ou la juridiction, engendrent un bouleversement tant du droit administratif que de la justice que nous délivrons.

Dans son ouvrage de Droit Administratif Général⁴, le professeur Chapus précisait « *Parce que le droit administratif n'est pas codifié, parce qu'aucune loi n'a jamais déterminé ses notions fondamentales et ses principes dominants, il est revenu au juge administratif de se faire à proprement parler, jurislature. Sa jurisprudence a suppléé la loi d'une façon telle que*

⁴ R. Chapus, DAG, tome I p. 93, 15^{ème} édition, Domat Montchrestien.

le droit administratif est devenu, très exactement, un droit fondamentalement jurisprudentiel » : ce droit tel que nous le connaissons changera, du moins pour ceux auxquels la Justice prédictive s'adressera.

Il me semble cependant que deux piliers fondamentaux résistent : le droit et l'Homme.

Le droit, tout d'abord.

Olivier Wendell Holmes, juge à la Cour Suprême des Etats-Unis (de 1902 à 1932) disait : « *Ce que les juges font, rien de plus, rien de moins, voilà ce que j'appelle le droit* ».

Avec la Justice prédictive, il ne s'agit de rien d'autre.

Il ne sera question et fait application que de droit ; utilisé et manié différemment, conjugué et multiplié, comparé et prédictif, mais de droit toujours et encore : la notion de jurisprudence a muté mais lorsque le procès aura lieu, la justice prédictive s'effacera devant la justice humaine.

L'Homme, enfin.

Nécessaire et utile, encore et toujours, parce qu'il est à l'origine et à la fin du processus juridique, parce qu'il fournit les données qui seront recensées et utilisées, parce que le conseil délivré, il lui appartiendra d'interpréter et de choisir : de choisir de poursuivre et d'introduire l'action contentieuse, mesdames et messieurs les avocats, votre profession ne disparaîtra pas ; il nous appartiendra d'interpréter les normes, de les appliquer au cas d'espèce et de trancher les litiges, chers collègues, le métier de magistrat a encore quelques belles heures devant lui.

En revanche, la justice prédictive nous imposera certainement d'être plus compréhensibles, de motiver encore davantage nos décisions afin d'explicitier les raisons d'une position différente des résultats algorithmiques.

Ainsi que le disait A. Garapon : « *La justice prédictive fait effondrer le mythe d'une loi impartiale et aveugle, (le mythe) des juges « bouches de la loi », en en révélant les caprices.* ».

Nous devons nous garder de voir dans la Justice qui s'annonce une pression de l'esprit, une contrainte mentale qui briderait notre créativité jurisprudentielle ; certes l'évolution jurisprudentielle pourrait se faire plus lente mais elle se fera.

Notre liberté, notre indépendance, notre impartialité ne pouvaient, en tout état de cause, sortir grandies de l'ignorance dans laquelle nous serions tenus et nous nous serions maintenus, au regard de ce que jugent nos homologues.

Cette connaissance nous l'avions déjà ; les bases de données nous l'offraient.

Prendre en compte les particularités nous permettra de rendre une Justice plus équilibrée.

La Justice prédictive ne sera qu'un nouveau filtre au procès mais une fois celui-ci engagé, l'Homme reprendra sa place car la justice rendue au nom du peuple français est un fait social et sociétal et ne peut que demeurer humaine.

Je finirai en citant Voltaire qui en 1766, dans *Le Philosophe ignorant*⁵ écrivait : « *Il n'y aurait eu aucune société, si les hommes n'avaient conçu l'idée de quelque justice qui est le lien de toute société* ».

⁵ Voltaire, Œuvres Complètes, Le Philosophe ignorant, 1766, tome 26

Je vous remercie de votre attention