

MASTER 2 DROIT PRIVE APPROFONDI

Spécialité Droit Civil



Les fonctions de la justice prédictive

FERRANDI Robin

Mémoire de recherche

Sous la direction de Monsieur Nicolas BALAT

Année universitaire 2017/2018

Université de Lille 2 – Droit et santé

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en premier lieu mon directeur de mémoire, Monsieur Nicolas BALAT, pour sa patience, ses conseils, ses encouragements et sa disponibilité.

Je remercie également Monsieur Denis VOINOT qui par ses conseils précieux m'a orienté vers mon actuel directeur de mémoire dans la perspective d'un travail de recherche qui pourrait se prolonger.

Je souhaite enfin remercier toutes les personnes qui ont participé de près ou de loin à l'élaboration de ce mémoire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Chapitre I.

La fonction immédiate de la justice prédictive : l'aide à la décision

Section I. Les moyens actuellement à la disposition de la justice prédictive

Section II. Une fonction utile au règlement des litiges : la justice augmentée

Section III. Une fonction porteuse de nombreux dangers

Chapitre II.

La fonction potentielle de la justice prédictive : la prise de décision

Section I. Les limites à court terme de prises de décision par la justice prédictive

Section II. La potentielle concrétisation de prises de décisions par la justice prédictive

CONCLUSION

INTRODUCTION

« La justice reste l'effort constant et obstiné de rendre à chacun son dû, et non pas l'ajustement mécanique d'hommes auxquels on voudrait épargner la peine d'avoir à se rencontrer »¹.

Ainsi qu'a pu le constater un auteur, « on ne compte plus les articles et les colloques consacrés à la justice prédictive »². La notion de « justice prédictive » est en effet au centre de l'attention. Nombre de colloques³, dont plusieurs se sont déroulés à la Cour de cassation, ont eu pour cœur son étude attentive. L'actualité de ce sujet en fait bien entendu son intérêt, mais cela est d'autant plus vrai que l'essentiel des grands bouleversements qu'elle va engendrer sont encore, dit-on, prospectifs. S'agissant de ce qui est parfois considéré comme une véritable « révolution »⁴, il sera nécessaire de tenter de comprendre non seulement ce qu'elle constitue, mais surtout la nature et l'étendue des mutations annoncées – oserons-nous prédits – pour mieux y faire face.

Cette évolution s'inscrit dans un mouvement large de transformation sociale lié au développement de la technique.

« On conserve généralement la conception de la technique en tant que moyen d'action permettant à l'homme de faire ce qu'il ne pouvait pas accomplir par ses propres moyens. [...] Mais il est beaucoup plus important de considérer que ces moyens sont une médiation entre l'homme et le milieu naturel. [...] Cette médiation devient exclusive de toute autre : il n'y a plus de rapports de l'homme à la nature, tout cet ensemble de liens complexe et fragile que l'homme a patiemment tissé, poétique, magique, mythique, symbolique disparaît : il n'y

1 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 350.

2 AUGAGNEUR L.-M., « D'où jugez-vous ? Un paradoxe entre justice prédictive et réforme de la motivation des décisions », *JCP G* 2018, n° 13, p. 582.

3 V. not. à la Cour de cassation, « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data », le 14 octobre 2016, à l'Université catholique de Lille « La justice prédictive » le 19 mai 2017, à la Cour de cassation « La justice prédictive », le 12 février 2018, à l'Université de Laval, « La Justice prédictive : risques et avenir d'une justice virtuelle » le 6 avril 2018, à l'Université de Montpellier « Voulez-vous être jugé par un algorithme ? Réflexions autour de la justice prédictive », le 4 mai 2018, à la Cour de cassation « Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIème siècle », le 8 juin 2018 pour n'en citer que quelques-uns.

4 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 47.

a plus que la médiation technique qui s'impose et devient totale »⁵

Cette citation provient de la plume de Jacques ELLUL, penseur de la technique⁶ (et par ailleurs historien du droit, auteur d'une célèbre *Histoire des institutions*), qui faisait synthèse de sa pensée d'alors dans son ouvrage *Le système technicien*, paru en 1977. Il ne s'agit pas d'une mise en garde, mais bien d'un constat. Si sa visée est globale, cette idée s'applique particulièrement bien au rapport nouveau que devra entretenir le milieu judiciaire avec la justice prédictive, objet de notre étude. En effet, la justice s'associe plus logiquement qu'il n'y paraît à la machine et au nombre. La justice est porteuse de nombreuses valeurs et a en Occident un caractère quasi-sacré⁷. Il en est de même pour le nombre, qui « serait la clé d'accès à l'ordre divin »⁸.

La société observée par Jacques ELLUL est « subordonnée à la technique »⁹. Que dire alors de celle d'aujourd'hui, alors que plusieurs décennies ont passé ?¹⁰ De grandes évolutions techniques, notamment liées à l'informatique, sont apparues depuis les années 70. Par leur combinaison, elles permettent une transformation certaine de nombreux pans de la société et, nouvellement, le monde du droit en particulier. Par les notions nouvelles qu'elle implique de manier, par la croisée des techniques, des connaissances et des matières qu'elle nécessite, la question de la « justice prédictive » représente assurément un défi pour la connaissance juridique et la science du droit.

I. La justice prédictive et les « techniques ». Quitte, pour les besoins de la cause, à nous aventurer à titre introductif sur des terrains parfois étrangers aux savoirs juridiques classiques, trois phénomènes techniques seront étudiés ici, car ils sont associés au développement de la justice prédictive et permettront d'en mieux dessiner les contours¹¹ : le *big data*, les algorithmes et l'intelligence artificielle, qui est en réalité une combinaison entre ces deux éléments.

5 ELLUL J., *Le système technicien*, Cherche-midi, 2012 (1977), p. 45 et 46.

6 On utiliserait aujourd'hui plutôt le terme « technologie », issu improprement du *technology* anglais, contre lequel s'est d'ailleurs battu cet auteur. Ce n'est pas sans rappeler, comme nous le verrons, l'arrivée du concept de « justice prédictive » dans notre vocabulaire.

7 V. not. GARAPON A., *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Le Centurion, 1985. Nous remarquerons que cet auteur est au centre de l'attention portée aujourd'hui à la justice prédictive, ce qui n'est pas un hasard.

8 SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 105.

9 WEYEMBERGH M., « J. ELLUL ET M. HEIDEGGER. Le prophète et le penseur » in *Sur Jacques ELLUL*, dir. TROUDE-CHASTENET P., PUF, 2004, p.86.

10 « Ellul l'avait bien dit » écrira Jean-Luc PORQUET dans sa préface de la réédition de l'ouvrage *Le système technicien* précité.

11 Intervention de Monsieur Jean-Marc SAUVE, Vice-Président du Conseil d'État, lors du colloque précité du 12 février 2018.

Le *big data* correspond à l'amas d'une quantité massive de données, rendu possible par l'augmentation des capacités de stockage informatique, capacités qui dépassent largement les capacités humaines¹². A titre d'exemple, l'entreprise Google générerait un volume de 8,760 Exaoctets par an¹³, ce qui représente $8,76 \times 10^{18}$ octets. Ces données « comptent plus que les logiciels »¹⁴ car, rassemblées en grand nombre dans un même lieu, elles permettront une analyse poussée entre elles par corrélation.

L'entrée du *big data* dans le monde du droit devrait être effective dans quelques années. Le législateur s'est en effet saisi de ces questions, notamment *via* la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique* et ses désormais fameux articles 20 et 21¹⁵. Ils ont respectivement modifié l'article L. 10 du Code de justice administrative et L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire. Ils sont relatifs à la mise à disposition de l'ensemble des décisions administratives et judiciaires. Selon les trois premiers alinéas de l'article L. 10 du Code de justice administrative :

« Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus.

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. »

Des dispositions similaires, mais relatives aux « décisions rendues par les juridictions judiciaires », sont prévues à l'article L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire. Conformément à l'objectif des chantiers de la justice, d'ailleurs largement associés au développement de la numérisation¹⁶, cette ouverture devrait être mise en place sur une période de deux à sept ans à partir de janvier 2018 pour les décisions de première instance¹⁷. Cette évolution serait inévitable¹⁸, et même nécessaire¹⁹.

12 https://fr.wikipedia.org/wiki/Big_data.

13 <https://www.digora.com/fr/blog/infographie-11-faits-sur-les-datacenters-de-google>, consulté le 28 mai 2018.

14 BARTHE E., « IA en droit, derrière la hype, la réalité », *precisement.org*, 02 mai 2018, http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#predictice_cla_sl, consulté le 02 juin 2018.

15 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JO* 08 octobre 2016.

16 COUSTET T., « Chantiers de la justice : 530 millions d'euros pour le virage numérique », *Dalloz actu.*, 17 janvier 2018.

17 FLEURIOT C., « Avec l'accès gratuit à toute la jurisprudence, des magistrats réclament l'anonymat », *Dalloz actu.*, 6 févr. 2017.

18 « Le débat sur la justice prédictive ? C'est fini ! » m'a lancé souriant un membre d'une jeune entreprise de legaltech. Il voulait dire que la justice prédictive était déjà là ; il ne restait plus qu'à la développer » raconte Emmanuel JEULAND, dans son article « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 2, 2017, dossier 9.

19 «L'institution judiciaire **doit** intégrer l'apport des nouvelles technologies » : Institut Montaigne, *Justice : faites*

Ne seraient donc plus seulement accessibles les décisions des juridictions suprêmes (disponibles sur Legifrance.gouv.fr) mais la quasi-totalité des décisions du fond. Nous précisons que les magistrats ont déjà accès à une banque de décisions plus large et plus complète que celle à la disposition des avocats et des justiciables. « La Cour de cassation gère (...) les bases de données Jurinet et Jurica, regroupant respectivement les décisions de la Cour de cassation et les décisions civiles des cours d'appel »²⁰ et qui contiennent en outre les conclusions du conseiller rapporteur. Ce *big data en open data* (c'est à dire dont l'accès et l'usage sont laissés libres aux usagers²¹) permettra de bien meilleurs calculs de probabilité par la machine. Il a toutefois été noté que le terme de « *big* », relativement à quelques millions de documents, pourrait être inexact²².

Les algorithmes sont un « ensemble de règles qui définit précisément une séquence d'opérations de sorte que chaque règle soit effective et définie et que la séquence se termine dans un temps fini »²³.

L'illustration d'un algorithme « classique » correspond à un arbre de décisions²⁴. Cependant, de nouvelles formes d'algorithmes sont apparues et il sera donc ici plus directement fait référence à ce que l'on peut appeler algorithmes d'apprentissage dit également de *machine learning*, et plus récemment *deep learning*. L'apprentissage automatique est une catégorie d'algorithmes issus du domaine plus large de la fouille de données. Celle-ci regroupe l'ensemble des méthodes permettant de trouver des relations et des résumés pertinents et compréhensibles par l'homme, au sein d'un jeu de données qui décrit un ensemble d'observations. Ces relations et résumés sont souvent nommés motifs (*pattern*) ou modèles. Ces informations comprennent par exemple des équations, des règles, des regroupements (*clusters*), des structures de données (graphes, arbres), et des motifs récurrents dans l'analyse de séries temporelles²⁵.

Les méthodes de fouille de données sont appliquées dans divers domaines, où ils permettent la création de processus de décisions, qui ne sont pas basés sur des règles créées explicitement par l'homme tel que dans un algorithme classique, mais où le processus de décision est construit automatiquement, à partir des données²⁶.

entrer le numérique, Rapport, novembre 2017, c'est nous qui soulignons.

20 Intervention de Monsieur Bertrand LOUVEL lors du colloque « *La justice prédictive* » organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le lundi 12 février 2018.

21 https://fr.wikipedia.org/wiki/Open_data.

22 Intervention de Monsieur Dominique PERE, lors du colloque précité du 12 février 2018

23 STONE H. S., *Introduction to Computer Organization and Data Structures*, McGraw-Hill Book Compagny, 1972.

24 <https://fr.wikipedia.org/wiki/Algorithme>.

25 HAND D. J., MANILA H. et SMYTH P., « *Principles of data mining* », *Drug safety* 2007, vol. 30, issue 7, p. 621-622.

26 LANGLEY P. et SIMON H. A., « *Applications of machine learning and rule induction* ». *Communications of the*

Avant l'avènement de « l'apprentissage machine »²⁷, de nombreux algorithmes classiques ont été conçus afin de créer des processus de décision automatisés, dits systèmes experts²⁸, dans lesquels chaque règle du processus global de décision est transcrite « à la main » dans un algorithme. Cette approche suppose que tous les éléments du processus de décision puissent être résumés à un ensemble de règles, et que l'expert qui définit l'algorithme ait connaissance de toutes ces règles. Aujourd'hui, en raison de données beaucoup plus nombreuses et moins structurées, « nous devons adopter des solutions qui nous aideront à découvrir les règles depuis des données aux structures variées. C'est cela que l'on appelle *Machine Learning* »²⁹. Autrement dit, l'algorithme d'apprentissage utilise des données qui serviront d'exemple pour apprendre tout seul le processus de décision³⁰.

Les algorithmes d'apprentissage les plus utiles à ce jour sont les algorithmes prédictifs supervisés. Ils se basent sur l'exemple validé par l'homme pour générer un modèle prédictif, ou fonction de prédiction. Dans ce type d'approche, le jeu de données d'observation est résumé par un ensemble de variables descriptives ou caractéristiques (« *features* »), et de variables discriminantes (classes, ou labels). Le modèle prédictif ou fonction de prédiction a pour objectif de déduire la valeur de la variable discriminante, pour un exemple dont la valeur est inconnue.

Cet apprentissage est basé sur le contrôle de la réponse donnée par la machine à une question qui lui est posée : chaque exemple est annoté manuellement avec la valeur de la variable discriminante associée. La machine apprend alors au fur et à mesure comment apporter de bonnes réponses. Cette étape est nommée phase d'apprentissage. Cette phase correspond à un processus itératif, dans lequel la précision de la fonction de prédiction est évaluée par le biais des exemples annotés. Son objectif de la phase d'apprentissage est alors de minimiser les erreurs de cette fonction, *i.e.* de corriger autant que possible les cas où la fonction ne sépare pas correctement les exemples. L'hypothèse principale sous-jacente aux avancées modernes de l'apprentissage automatique est que des modèles en cascades (notamment, les approches de type « réseau de neurones »³¹), composés d'un grand nombre de fonctions simples de discrimination connectées entre elles, permettent de définir des frontières complexes de décision et ainsi de résoudre des problèmes complexes.

ACM, vol. 38, issue 11, p. 54 s.

27 Traduction française de l'expression anglaise « *machine learning* ».

28 https://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me_expert

29 GURUSWAMY K., « *Data Science - Machine Learning vs Rules Based Systems* », linkedin.com, 06 oct. 2015, <https://www.linkedin.com/pulse/data-science-machine-learning-vs-rules-based-karthik-guruswamy>, consulté le 28 mai 2018.

30 https://fr.wikipedia.org/wiki/Apprentissage_automatique.

31 https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9seau_de_neurones_artificiels.

Ces approches ont vu leurs résultats s'accroître considérablement depuis quelques années grâce à trois facteurs : le *big data* avec la prolifération d'un grand nombre de données étiquetées, l'augmentation de la puissance de calcul (suffisante aujourd'hui) pour exploiter ces nouvelles ressources et, l'amélioration des algorithmes qui a permis celle des performances de l'apprentissage supervisé pour la majorité des cas d'application.

Il faut toutefois noter que dans certains cas, un grand nombre de données n'est pas nécessaire, ou peut être complété par d'autres méthodes d'apprentissage. Le processus d'apprentissage par « renforcement » (« *reinforcement* ») se révèle particulièrement efficace lorsque la machine est capable de déterminer seule si elle a raison ou tort, sans intervenant extérieur. La machine se voit « récompensée » chaque fois qu'elle aboutit au résultat escompté (c'est au développeur de déterminer ce qui correspond à celui-ci) et tentera de façon de plus en plus efficace d'aboutir à ce résultat. C'est ce modèle qui a permis, de façon spectaculaire, à l'algorithme qui joue au Go de vaincre le meilleur joueur au monde, alors qu'il est impossible pour la machine de déterminer l'ensemble des coups possibles, car ils sont beaucoup trop nombreux³² - la machine a en fait joué des millions de parties contre elle-même pour s'améliorer.

Dans le cas du droit, ce sera le *supervised machine learning* qui sera au centre des évolutions³³. Associé au « traitement du langage naturel » (en anglais « *natural language processing* »), qui permet l'intégration du langage humain à la machine³⁴, correspond à l'une des formes de ce que l'on peut appeler « intelligence artificielle ».

De façon large, l'intelligence artificielle peut être définie comme « la science qui consiste à faire faire aux machines ce que l'homme ferait moyennant une certaine intelligence » selon Monsieur Marvin MINSKY³⁵. La dénomination « d'intelligence artificielle », à la fois parce que « l'intelligence » est un terme flou et parce que la machine ne fait que la simuler, est « le grand mythe de notre temps »³⁶.

32 TUAL M., « Intelligence artificielle : toujours plus puissant, AlphaGo apprend désormais sans données humaines », lemonde.fr, 18 oct. 2017, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/10/18/intelligence-artificielle-toujours-plus-puissant-alphago-apprend-desormais-sans-donnees-humaines_5202931_4408996.html, consulté le 28 mai 2018.

33 BARTHE E., « IA en droit, derrière la hype, la réalité », *precisement.org*, 02 mai 2018, http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#predictice_cla_sl, consulté le 02 juin 2018.

34 CHARNIAK E., *Introduction to artificial intelligence*, Addison-Wesley, 1984, p. 2.

35 Cité par : CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 16.

36 CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 2.

Ces nouveaux outils ont été utilisés et adaptés par des *start-up* intervenant dans le domaine juridique, les *legaltech*, pour créer les instruments de justice prédictive. Elles sont gérées généralement par des acteurs extérieurs au monde du droit (mathématiciens, informaticiens, businessmen, etc.) et entrent aujourd'hui sur un nouveau marché, celui de la justice et du droit plus généralement. « Après la santé (la *nethealth*), l'éducation (les *mooks*), l'urbanisme (les *smart cities*) ou la vie politique (les *civic tech*), la justice est bouleversée par la technologie »³⁷.

Ces *legaltech* se développent de façon exponentielle. On en dénombrerait autour de 900 à ce jour dans le monde, dont environ 10 % se consacraient à la justice prédictive³⁸. D'autres auteurs ont estimé le nombre de *legaltech* à 3000 aux seuls États-Unis³⁹. Ce travail a débuté dans les pays de *common law*, et plus sensiblement encore aux États-Unis, qui l'utilisent par exemple pour établir la probabilité du risque de récidive⁴⁰.

II. La justice prédictive, définition sommaire par l'objet. L'application de ces nouvelles techniques en voie de généralisation dans le domaine juridique et judiciaire a conduit à la nécessité de la nommer. La terminologie qui est apparue originairement est celle de « justice prédictive ». Or, « nommer c'est dire, mais c'est plus que dire »⁴¹ ; c'est porter des effets sociaux, à condition que la nomination soit acceptée⁴². Parce que cette dénomination est porteuse de sens, il faudra tenter de la saisir.

Il s'agit d'une notion qui peut apparaître floue et dont le contenu ne se laisse pas apprivoiser facilement. Les auteurs qui s'y intéressent ne s'embarrassent généralement pas d'une définition, comme si les termes parlaient d'eux-mêmes. Pourquoi une telle réticence ? D'abord parce que la notion est éminemment récente⁴³ et donc en construction. Les auteurs tentent d'ailleurs aujourd'hui de combattre cet intitulé pour lui en donner un autre. Ont été proposés « justice quantitative »⁴⁴,

37 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 47.

38 Selon l'intervention de Monsieur Olivier CHATUDEAU, lors du colloque du 12 février 2018.

39 AMARO R., « L'« ubérisation » des professions du droit face à l'essor de la *legaltech* », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 3, p. 163.

40 PREVOST J.-B., « Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques », *Gaz. Pal.* 2018, n° 04, p. 48.

41 LEIMDORFER F., « Le pouvoir de nommer et le discours juridique : deux exemples d'acte de parole en droit », *Sociétés contemporaines*, 1994, n° 18-19, p. 149.

42 *Ibid.*

43 L'article doctrinal français le plus ancien y faisant référence étant celui précité d'Antoine GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », datant dans sa première version parue dans la *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, (n° 1, Dossier 4) en octobre 2016, et une seule thèse, préparée par Madame Anaïs COLETTA depuis octobre 2017, s'y rapporte directement.

44 DUPRE J. et LEVY VEHEL J., « L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 500.

« quantification du risque juridique »⁴⁵ ou « justice digitale »⁴⁶ par exemple.

Pourtant, comme nous venons de l'expliquer, ce que recouvre la justice prédictive est assez clair – par-delà, il est vrai, la première impression de « saut dans l'inconnu » que peut éprouver le juriste au contact des techniques sur lesquelles elle repose. Le rapport dit « CADIET » la définit comme l'« 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 »⁴⁷. Il s'inscrit en cela dans la droite ligne des écrits de Monsieur Bruno DONDERO, dans lesquels l'auteur considère que l'expression « désigne non la justice elle-même, mais des instruments d'analyse de la jurisprudence et des écritures des parties, instruments qui permettraient de prédire les décisions à venir dans des litiges similaires à ceux analysés. »⁴⁸ Ces définitions nous semblent tout à fait justes et nous y souscrivons pleinement. La difficulté se trouve en réalité non pas dans la réalité que recouvre la définition mais dans le sens que porte la dénomination en elle-même, qui semble dépasser son objet.

III. Les techniques à exclure du champ de la justice prédictive. Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE ont employé une nouvelle expression pour désigner l'évolution de la justice du point de vue du numérique, celle de « justice digitale ». Cependant, cette proposition est plus étendue que la simple justice prédictive. En effet, ils entendent par ce terme « ce que l'on nomme généralement la « justice prédictive » et au-delà tout ce que l'on appelle aujourd'hui la *legaltech* (application juridique), mais aussi la *blockchain* »⁴⁹. Parce que ces évolutions techniques sont essentielles au débat sur la justice et le numérique⁵⁰ et parce qu'elles ne doivent pas être confondues avec la justice prédictive telle que nous l'étudierons, nous ne pouvons nous passer de quelques développements liminaires les concernant. Nous verrons ainsi ce que constitue pour la justice la « *blockchain* » puis rapidement les autres *legaltech*⁵¹.

La *blockchain* est une technique tirée de celle du *bitcoin*⁵², une monnaie virtuelle ou

45 ROBERT M., « Jacques Lévy Véhel & Jérôme Dupré (Case Law Analytics) : « Le droit devient un objet mathématique » », magazine-decideurs.com, 17 févr. 2017, <https://www.magazine-decideurs.com/news/jacques-levy-vehel-gerome-dupre-case-law-analytics-le-droit-devient-un-objet-mathematique>, consulté le 02 juin 2108.

46 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, bien qu'elle recouvre un contenu un peu plus large.

47 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 14.

48 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, n° 10, p. 532.

49 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 13.

50 Comme le montre l'ouvrage précité, mais aussi, par exemple, le colloque qui a eu lieu à la Cour de cassation intitulé « Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIème siècle », le 8 juin 2018.

51 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p.532.

52 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 140.

« cryptomonnaie ». Pour comprendre les enjeux, il est possible d'utiliser la parabole des généraux byzantins. « Un ensemble de généraux assiège une ville ennemie. L'attaque, pour être efficace, exige une coordination parfaite des différents généraux. Cependant, existent parmi eux des traîtres qui pourraient faire échouer leur mission. Il convient ce faisant d'utiliser un mode de communication infalsifiable, inaltérable dont les données ne peuvent être interceptées. C'est à ce besoin que les *blockchains* sont censées répondre. »⁵³. Il s'agit d'une sorte de grand livre de comptes, dans lequel tous les échanges effectués entre utilisateurs sont répertoriés. Ces utilisateurs sont au centre du processus, puisque le registre est stocké sur leurs serveurs et que les mises à jour des différentes transactions sont contrôlées par les utilisateurs *via* un système de contrôle cryptographique qui les rend en principe infalsifiables. Parce que ces transactions sont inscrites sous la forme de blocs de données mis bout à bout dans le registre après validation, elles « forment ainsi une chaîne de blocs inaltérable : la Blockchain. »⁵⁴ Pour Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE, il s'agit d'une « révolution dans la révolution »⁵⁵, ce qui permet de réaliser l'ampleur des évolutions que va entraîner cette nouvelle technique.

Sans entrer excessivement dans le détail, la *blockchain* permettra plusieurs transformations majeures. En premier lieu, son utilisation entraînera l'apparition des « *smart contract* ». Ceux-ci produisent une sorte de droit automatisé, qui s'applique sans aucune intervention extérieure de la part d'un tiers, sans intervention d'une instance juridique⁵⁶. Le « registre » créé étant infalsifiable, toute activité relative au contrat sera datée et enregistrée. Le suivi de la situation et des obligations résultant du contrat se fera en temps réel. Cette technique pourrait sonner le glas des tiers de confiance actuels que sont les huissiers ou les notaires. La technique aboutit à une sécurité dans le traitement des relations contractuelles supérieure à celle résultant de leur intervention, qui, malgré les protections statutaires, reste soumise à la faillibilité humaine⁵⁷.

Enfin, la *blockchain* permet de créer un lien inviolable, intrahissable, incorruptible entre les membres de « *decentralized autonomous organisations* » (DAO), nommés « oracles », qui se consacreront au règlement des litiges⁵⁸. Il s'agit d'un groupe d'individus qui travaillent à la validation de la transaction en résolvant un problème mathématique. Celui qui parviendra à le résoudre percevra une prime. Ils sont ainsi mis en concurrence.⁵⁹ Il y a ici intégration de l'intérêt

53 MEKKI M., « Les mystères de la *blockchain* », *D.* 2017, n° 67, p. 2160.

54 CHOULI B., GOUJON F. et LEPORCHER Y.-M., *Les Blockchains : De la théorie à la pratique, de l'idée à l'implémentation*, ENI, 2017, p. 1.

55 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 139.

56 *Ibid.*, p. 146.

57 *Ibid.*, p. 153.

58 *Ibid.*, p. 147-148.

59 *Ibid.*, p. 149.

égoïste en moteur de l'intérêt général. A terme, ces DAO pourraient remplacer les juges⁶⁰.

Cependant, cette technique reste affectée d'un certain nombre de défauts⁶¹. Par exemple, sont déjà apparus des cas de fraude.

Nous le constatons, cette nouvelle technique est un enjeu majeur dans l'évolution numérique du droit et de la justice. Cependant, aucune de ses fonctionnalités ne laisse apparaître un aspect prédictif ou probabiliste. Il s'agit plutôt d'une désinstitutionnalisation par la technique, et notamment de la justice, ce qui explique la nécessité de la réguler⁶².

Par ailleurs, d'autres *legaltech* ont profité du développement des algorithmes pour rationaliser le travail habituellement effectué par les avocats.

Le cas le plus célèbre est sans doute celui du site « demanderjustice.com ». Ce site « prend en charge la mise en forme du dossier ainsi que tous les envois postaux de manière automatisée et garantit le strict respect des dispositions du Code de Procédure Civile »⁶³ dans l'objectif d'un règlement amiable ou d'une saisine d'une juridiction, le tout « en moins de 5 minutes », et donc à moindre coût. Le Conseil national des barreaux et de l'Ordre des avocats de Paris se sont opposés à la concurrence de cette *legaltech*, tant devant les juridictions pénales que civiles, dans les deux cas sans succès⁶⁴. La Cour de cassation a confirmé la relaxe de l'entreprise du chef d'exercice illégal de la profession d'avocat⁶⁵. De son côté, le tribunal de grande instance de Paris a rendu, le 11 janvier 2017⁶⁶, un jugement rejetant leurs demandes de fermeture du site *demanderjustice.com* pour pratiques trompeuses et surtout pour son activité d'assistance et de représentation normalement réservée à la profession d'avocat. Il juge que « les prestations ainsi assurées relèveraient de la mission traditionnelle d'assistance ou de représentation en justice telle que peut l'accomplir un avocat, celles-ci s'avérant dépourvues d'une véritable valeur juridique ajoutée »⁶⁷.

Cette *legaltech* s'inscrit parmi les nombreuses entreprises de rédaction automatisée d'actes, à l'exemple de *legalstart.fr*, qui se propose de gérer « toutes les formalités juridiques »⁶⁸ pour créer une entreprise ou une association.

Comme cela a été annoncé, aucun de ces outils ne semble correspondre à la justice prédictive et ils ne seront donc pas traités ultérieurement dans cette étude.

60 *Ibid.*, p. 153.

61 *Ibid.*, p. 158 et s.

62 MOREAU Y. et DORNBIERER C., « Enjeux de la technologie de *blockchain* », *D.* 2016, n° 31, p. 1856.

63 www.demanderjustice.com, consulté le 11 juin 218.

64 CHASSAGNARD -PINET S., « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 498.

65 C. cass., Crim., 21 mars 2017, n° 16-82.437.

66 TGI, Paris, 11 Janvier 2017, n° 15104207.

67 *Id.*

68 <https://www.legalstart.fr>, consulté le 11 juin 218.

Maintenant que la notion apparaît mieux cadrée dans son contenu, il faudra étudier son « contenant », c'est à dire la terminologie de « justice prédictive ».

IV. La justice prédictive, un oxymore ? Notre analyse notionnelle, à ce stade, ne peut se passer d'une étude des termes qui la composent.

De façon littérale, l'expression se scinde en deux termes, que sont « justice » et « prédictive ».

Classiquement, en se référant au Vocabulaire CAPITANT, « justice » est susceptible de recevoir quatre définitions⁶⁹ :

1. Ce qui est idéalement juste, conforme aux exigences de l'équité et de la raison ; en ce sens la justice est tout à la fois un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait (comme la paix), une valeur.
2. Ce qui est positivement juste ; ce à quoi chacun peut légitimement prétendre (en vertu du Droit) ; en ce sens la justice consiste à rendre à chacun le sien (*suum cuique tribuere*) et demander justice signifie réclamer son dû, son droit.
3. La fonction juridictionnelle (justice s'oppose en ce sens à législation et administration). Ex : rendre justice.
4. Par extension, le service public de la justice (ex : Ministère de la Justice) ou de l'ensemble des tribunaux : action en justice.

Ces différentes définitions, par leur clarté et leur concision, nous suffiront à ce stade. La définition de la « justice » est évidemment un exercice périlleux⁷⁰ dans lequel nous ne pouvons que nous plonger superficiellement. Aucun des sens présentés ne semble à ce stade correspondre à celui de « justice prédictive ». En effet, la justice prédictive correspond à des instruments d'analyse numérique de la jurisprudence. Un système algorithmique ne peut être considéré comme une vertu, il s'agit d'un outil et non d'une valeur. Pour les mêmes raisons, il ne correspond pas à ce qui est positivement juste. Il n'est évidemment pas un service public ou un ensemble de tribunaux. Quant à la fonction juridictionnelle, cela ne nous semble pas concorder parce que l'algorithme ne rend pas

69 CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, Quadriga, 2018, v. *Justice*.

70 Au point que même le fameux *Dictionnaire de la justice* dont la rédaction a été dirigée par Loïc CADIET en 2004 ne se risque pas à intégrer sa définition.

effectivement la justice mais effectue des simulations, propose simplement des solutions à un utilisateur qui en tire éventuellement des conclusions. La confusion vient du décalage entre ce qu'est la justice prédictive en fait, c'est à dire un logiciel élaboré, et la force de sa terminologie, sur laquelle nous reviendrons.

Second mot à analyser d'un point de vue purement littéral, le terme « prédictive ». Dans ce cadre, c'est lui qui nous intéressera le plus : il confère à la notion tout son particularisme. Selon le dictionnaire Larousse⁷¹, la seule référence au terme « prédictif » est associée à la définition « qui détermine, par l'étude des gènes, la probabilité de développer une maladie donnée ». Si l'on y voit une certaine parenté, le lien n'est pas immédiat. Très révélateur, la « prédiction », selon le même dictionnaire est soit « action de prédire, divination », soit « ce qui est prédit, prophétie ».

Tout comme le terme « prédication » (« action de prêcher, sermon »), « prédiction » a pour origine le terme latin « *praedictio* ». Composé de la préposition « *prae* » qui signifie « devant, en avant » et de « *dictio* », « action de dire, prononcer, exprimer », il signifierait bien « action de prédire », au sens divinatoire, religieux⁷². Difficile d'associer ces définitions à des techniques mathématico-informatiques, ou même à la justice !

Le mot prédiction s'oppose à « prédictible », qui « se dit d'un phénomène obéissant à des lois qui permettent d'en prévoir l'évolution », qui, lui, est directement lié au calcul de probabilités.

Si nous n'avions pas préalablement expliqué ce que souhaite décrire la justice prédictive, ces définitions ne seraient finalement pas éclairantes. La justice, quel qu'en soit le sens retenu, apparaît assez largement en contradiction avec l'idée de prédiction. Difficile d'imaginer que la divination puisse permettre à la justice d'être rendue, d'établir ce qui est juste ou de s'apparenter à une institution, du moins à notre époque.

Ce qui pourrait nous apparaître comme un oxymore est en fait lié au problème de la transcription sans transformation de l'expression anglaise « *predictive justice* ». En effet, le verbe « *to predict* » peut correspondre à la fois au sens français de prédiction et à celui d'une estimation, probabiliste⁷³. Comme le rappelle Le Procureur général près la Cour de cassation Monsieur Jean-Claude MARIN, « le verbe *predict*, en anglais, signifie certes prédire mais aussi prévoir et l'adjectif *predictable* se traduit bien, quant à lui, en français par ce qui est sans surprise ou prévisible »⁷⁴.

71 JEUGE-MAYNART I. (dir.), *Le grand Larousse illustré*, Larousse, 2016.

72 GAFFIOT T., *Dictionnaire illustré latin-français*, Hachette, 1934.

73 <https://en.oxforddictionaries.com/definition/predict>.

74 Intervention lors du colloque précité du 12 février 2018.

La *predictive justice* s'inscrit dans la continuité de la *predictive medecine*, qui a intéressé plus précocement les chercheurs et les entreprises (ce qui est d'ailleurs révélé dans le sens donné de « prédictif » dans le Larousse et le fait que seule la *predictive medecine* soit présent dans l'*Oxford Dictionary*). En effet, la médecine prédictive consiste en l'évaluation des facteurs de risque d'apparition d'une maladie afin d'informer le sujet, qui n'est pas encore malade ou en tout cas pas encore symptomatique⁷⁵. Pourrait-on dire alors que la justice prédictive a pour but d'informer en amont le justiciable avant qu'il ne soit malade d'un procès ? Sans doute une telle idée correspond-elle à la justice prédictive.

V. La justice prédictive, réalité désignée au-delà des mots. On le voit, si la justice prédictive se rapporte en fait à un ensemble d'instruments informatiques spécifiques, la dénomination ne s'associe pas à son contenu. Comme l'avait justement écrit Albert CAMUS, « mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde ». En réalité, cette expression a été choisie (et critiquée) parce qu'elle porte en elle une dimension programmatique. Ce n'est pas tant le terme de « prédictive » qui pose problème, et ce malgré la confusion avec la prévisibilité. Ce qui trouble les auteurs est plus logiquement celui de « justice ». Comment une machine statistique pourrait-elle **être** justice ?

Cet emploi du terme de justice signifie en fait par lui-même que ses concepteurs souhaitent que la justice prédictive dépasse le simple statut d'outil. Il doit permettre, au sens noble, de « rendre justice », tel Saint-Louis sous son chêne⁷⁶. Parce que le résultat du litige est prédit (ou prévu), la prédiction peut se réaliser d'elle-même. La machine remplace l'homme dans l'acte de juger, une sorte de « justice-bouton »⁷⁷, qu'il suffirait de presser pour obtenir la solution tirée mécaniquement des faits en présence. Cette vision de la justice prédictive correspond à celle que nombre d'auteurs ont qualifié de dérive possible des outils actuellement en construction. Si l'on sait avec certitude ce que dira le juge, pourquoi prendre le temps (et donc l'argent) de lui demander son avis ? Cette justice algorithmique, si elle n'existe pas et, peut-être, n'existera jamais, mérite d'être étudiée et ce malgré le fait qu'il pourrait s'agir, graduellement, d'une « erreur sémantique, d'un coup marketing ou d'une escroquerie notoire »⁷⁸.

75 PUECH F., « Médecine fœtale et médecine prédictive », in *La bioéthique, pour quoi faire ?*, PUF, 2013, p. 251.

76 JUGNOT G., *Histoire de la justice française, de l'époque franque à nos jours*, Ellipses, 2011, p. 40.

77 COUSTET T., « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », *Dalloz actu.*, 16 oct. 2017.

78 Selon l'intervention de Monsieur Olivier CHATUDEAU, *Managing partner* de la société *Day One*, lors du colloque « La justice prédictive » organisé par l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le 12 février 2018, à paraître.

Cette transformation de l'outil en juge s'inscrirait dans la « révolution graphique » décrite par Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE⁷⁹ que nous tenterons de résumer. La justice prédictive (ou plus largement « digitale ») est pour eux avant tout une révolution de l'écriture. L'informatique est une nouvelle façon de décrire le monde, qui concurrence l'alphabet et les mots qu'il permet de composer. Or, le langage informatique permet d'intégrer toutes les formes de langage (la parole, l'image, le son, etc.) sous un même format, fait de 0 et de 1. Cette transformation engendre une nouvelle vision du monde pour les individus, qui finissent par assimiler ce langage à la réalité. Ainsi, ce que dit la machine devient vérité, un nouveau « droit naturel » qui s'impose. Ainsi, les deux sens de « justice prédictive » correspondent à l'évolution de l'idée que l'on se fait de la machine. D'abord simple information au service de la justice, elle se transcende en langage de vérité et donc, d'une certaine façon, en droit. Un nouveau mythe remplace l'ancien.

VI. La justice prédictive : fonctions. Nous le voyons, ces innovations techniques pourraient bien conduire, si l'évolution se confirmait et venait à acquérir la stabilité qui lui fait encore partiellement défaut aujourd'hui, à une transformation du monde du droit dans son ensemble : de ses acteurs, des raisonnements et de la logique juridique, et du droit lui-même. Tout dépendra de ses fonctions, c'est à dire de ce qu'elle pourrait accomplir si on le lui permettait.

Quelles sont ces possibles fonctions de la justice prédictive?

VII. Plan. Plus grande sera la confiance accordée dans ces outils de justice prédictive, plus ce potentiel de transformation sera fort. Déjà testée par nombre de professionnels du droit, la justice prédictive est d'ores et déjà un outil d'aide à la décision précieux dont les avantages et les dangers méritent d'être étudiés (Chapitre I). Les intérêts de ces outils doivent conduire à anticiper la possible bascule vers une véritable justice algorithmique, dans laquelle la justice serait rendue par la machine (Chapitre II).

79 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018.

Chapitre I.

La fonction immédiate de la justice prédictive : l'aide à la décision

Nous tenterons ici, pour reprendre la formule de Monsieur Alain SUPLOT, « de peindre aussi bien les lumières que les ombres de la figure [de la justice prédictive] : à la fois Dr. Jekyll et Mister Hyde »⁸⁰. La justice prédictive et ses conséquences sont le plus souvent dépeintes sous deux angles antithétiques, où s'affrontent bons et mauvais augures⁸¹. La justice prédictive, lorsqu'elle est employée dans un but d'aide à la décision, permet véritablement à la justice d'être augmentée⁸² (Section II). Cependant, ce type d'utilisation n'est pas dépourvu de dangers (Section III). Pour mieux appréhender ces phénomènes, il nous semble essentiel de présenter les *legaltech* œuvrant actuellement dans le domaine de la justice prédictive en France. Chacun de leurs algorithmes a des fonctions spécifiques, des domaines d'action spécialisés. Cette présentation aidera à comprendre quels sont les moyens qui seront mis à la disposition des justiciables et des professionnels du droit (Section I) et donc des enjeux de la justice prédictive dans sa fonction d'aide à la décision.

Section I.

Les moyens actuellement à la disposition de la justice prédictive

En France, de très nombreuses *start-up* se consacrent au développement des entreprises et professions du droit. Le site « village-justice.com » a créé un observatoire qui comptabilise les différentes *legaltech* et leurs domaines d'intervention. Selon ce site, seules 3 % des *legaltech* ont en

80 SUPLOT A., « Grandeur et petites des professeurs de droit » *Les Cahiers de droit* 2001, vol. 42, n° 3, p. 597.

81 V. par ex l'intervention de Maître Louis BORE, Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation lors du colloque précité du 12 février 2018, qui construira son discours introductif sur les images antinomiques de la justice prédictive, notamment sous l'angle de ses annonces de progrès et de menaces.

82 Pour employer le vocabulaire transhumaniste.

France une activité relative à la justice prédictive⁸³.

La présentation de ces *legaltech* mais surtout des instruments de justice prédictive qu'elles ont développés (I) nous permettra de constater que celles-ci ont exclu les décisions pénales de leur champ d'application (II) alors qu'elles auraient les moyens de les analyser.

I. Présentation des *legaltech* et des fonctions de leurs instruments de justice prédictive

Étudier les véritables techniques qui sont aujourd'hui en voie de développement et les entreprises qui les mettent en place permettra d'éviter l'écueil des « présentations sensationnalistes des nouvelles technologies »⁸⁴. Si, comme nous l'avons vu en introduction, ces techniques se basent toutes sur l'intelligence artificielle, leur présentation aura pour avantage de concrétiser ce qu'est pour le moment cette intelligence et les fonctions qu'elle remplit. Par là, nous pourrons mieux saisir la réalité de la plus-value, ou des risques qu'elle peut apporter.

Il existe selon nous quatre *legaltech* de justice prédictive actuellement en France : Supra Legem (C) se limite au contentieux administratif, Predictice (A), Case Law Analytics (B) et Jurisdata Analytics (D) se consacrant elles au droit privé, à l'exclusion du contentieux pénal⁸⁵.

A. Predictice

Cette *legaltech*, sans doute la plus célèbre dans le domaine de la justice prédictive, a d'abord remporté le prix x « Open Case Law » 2016 distribué par la Direction de l'information légale et administrative⁸⁶. Son logiciel d'analyse jurisprudentielle a ensuite été testé auprès des magistrats de la cour d'appel de Douai et de Rennes, sans grand succès d'ailleurs⁸⁷.

« Madame Irma » de la justice⁸⁸, l'entreprise propose d'analyser « des millions de décisions

83 <https://www.village-justice.com/articles/Les-start-up-droit,18224.html>, consulté le 02 juin 2018.

84 CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 2.

85 BARTHE E., « IA en droit, derrière la hype, la réalité », *precisement.org*, 02 mai 2018, http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#predictice_cla_sl, consulté le 02 juin 2018 ; <https://www.village-justice.com/articles/Les-start-up-droit,18224.html?secteur=Pr%C3%A9dictive#annuaire-legaltech>, consulté le 02 juin 2018.

86 <http://www.dila.premier-ministre.gouv.fr/actualites/actualites/open-case-law-2016-remise-des-prix-le-droit-ouvert-jurisprudence>.

87 COUSTET T., « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », *Dalloz actu.*, 16 oct. 2017.

88 PREVOST S. et SIRINELLI P., « Madame Irma, Magistrat », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 11, p. 557.

en une seconde »⁸⁹ pour « prédire l'issue d'une action en justice et d'optimiser les stratégies contentieuses des avocats »⁹⁰. Concrètement, le logiciel permet d'accéder à la jurisprudence *via* un moteur de recherche particulièrement développé. Un algorithme va restituer les probabilités de résolution d'un contentieux, estimer le montant des indemnités et identifier les moyens de droit ou les faits les plus influents dans les décisions rendues antérieurement par les juridictions. Comme cela a pu être présenté par un « imprimé-écran » sur le site *ovh.com*, les analyses sont restituées sous forme de graphiques et de statistiques⁹¹ :

89 <https://predictice.com>, consulté le 02 juin 2018.

90 BONAFFE H., « Predictice : grâce aux algorithmes, cette startup est capable de prédire l'issue d'une action en justice et d'optimiser les stratégies contentieuses des avocats », *ovh.com*, 07 juil. 2016, <https://www.ovh.com/fr/blog/legaltech-predictice-algorithme-justice-predictive>, consulté le 15 juin 2018.

91 *Ibid.*, exemple de *dashboard* d'analyse des décisions de justice dans le cas d'une rupture brutale des relations commerciales.

MON DASHBOARD D'ANALYSE DES RUPTURES BRUTALES DES RELATIONS COMMERCIALES AVEC FAUTE

cour d'appel

faute

rupture brutale des relations commerciales

Tableau détaillé

SÉLECTION DU TYPE D'ANALYSE

DONNÉES D'ANALYSE

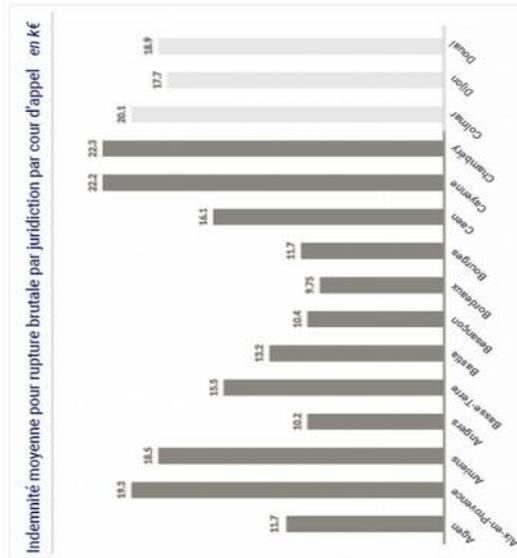
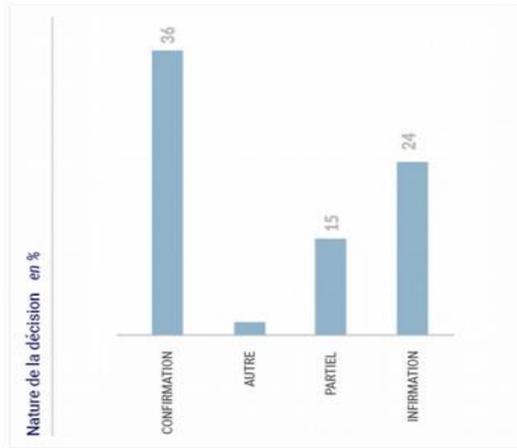
- Indemnité allouée pour rupture brutale
 - Indemnité allouée pour rupture abusive et vexatoire
 - Indemnité de procédure
- Cliquer pour ajouter

DIMENSION D'ANALYSE

- Juridiction
 - Année
- Cliquer pour ajouter

COMPARAISON

- Cour d'appel de Paris
- Cour d'appel d'Aix-en-Provence



Montant des indemnités allouées pour rupture brutale des relations commerciales avec faute

Juridiction	Année	Indemnité allouée pour rupture brutale	Indemnité allouée pour rupture abusive et vexatoire	Indemnité de procédure	Total
▼ TOUTES	► TOUTES	346 MILLIONS	543 MILLIONS	132 MILLIONS	1021 MILLIONS
▼ Cours d'appel	► TOUTES	346 MILLIONS	543 MILLIONS	132 MILLIONS	1021 MILLIONS
► Paris	► TOUTES	2.5 MILLIONS	3.2 MILLIONS	1 MILLION	6.7 MILLIONS
► Aix-en-Provence	► TOUTES	1.8 MILLIONS	2.6 MILLIONS		5.35 MILLIONS

JURISPRUDENCES ANALYSÉES

1547 jurisprudences analysées

Consulter

A titre d'exemple, selon le journal Libération, « en tapant des mots-clés [...] tels que «licenciement» et «ivresse», l'algorithme est capable d'estimer que dans 19 % des cas comprenant ces deux critères, un « *licenciement sans causes réelles et sérieuses* » a été prononcé. En la matière, un avocat a davantage de chances de succès à Rennes (où les statistiques sont de 35 %) qu'à Versailles (12 %), juridiction manifestement plus répressive avec l'alcool. La machine permet également de prévoir le montant des indemnités. Imaginons un licenciement pour injure : le requérant a 8 % de probabilités d'obtenir entre 1 000 et 5 300 euros. Dans le cas d'un divorce, on peut estimer qu'une prestation compensatoire est versée dans 14 % des cas, dont 40 % lorsqu'il y a adultère »⁹².

La *legaltech* commercialise son logiciel depuis 2017 et revendique aujourd'hui l'intérêt porté par de grandes entreprises ou cabinets d'avocats, tels que le cabinet Châtain & Associés⁹³, Orange, Allianz ou AXA⁹⁴. Le partenariat avec Allianz leur a notamment permis « de bénéficier de tout le fonds de décisions de justice de Lamyline, qui constitue la matière première de [leurs] algorithmes »⁹⁵.

B. Case Law Analytics

Selon leur site internet, « Case Law Analytics modélise le processus de décision judiciaire pour [...] présenter l'ensemble des décisions qui seraient prises sur un dossier donné »⁹⁶. Il ne dispose à l'heure actuelle que de la capacité d'analyser trois contentieux que sont le licenciement sans cause réelle et sérieuse, la prestation compensatoire et la pension alimentaire. En pratique, l'algorithme fonctionne « comme s'il y avait 100 juges virtuels dans la machine. Chacun va examiner le cas et donner sa décision. Les résultats de l'analyse sont les réponses des 100 juges. C'est ce qui nous permet de tenir compte de l'imprévisibilité des décisions car 2 juges différents ne

92 BRAFMAN J., « Justice prédictive, l'augure des procédures », *Liberation.fr*, 23 févr. 2017, http://www.liberation.fr/france/2017/02/23/justice-predictive-l-augure-des-procedures_1550628, consulté le 09 juin 2018.

93 MARCHAND J., « Justice prédictive : quand les avocats s'y mettent », *lesechos.fr*, 26 juin 2017 (<https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/avocats-et-conseils/actualite-des-cabinets/justice-predictive-quand-les-avocats-s-y-mettent-310867.php>).

94 IWEINS D., « Les legaltech travaillent avec de grandes entreprises », *Les Echos Executives*, 28 mai 2018.

95 Selon Cyprien GEZE, Directeur Commercial de Predictice, « à court terme, nous comptons déployer Predictice auprès des assureurs de protection juridique » in « Avec la justice prédictive, l'assuré peut trouver une réponse précise en quelques secondes », [lassuranceenmouvement.com](http://www.lassuranceenmouvement.com), <http://www.lassuranceenmouvement.com/2017/11/16/avec-la-justice-predictive-lassure-peut-trouver-une-reponse-precise-en-quelques-secondes/>, consulté le 06 juin 2018.

96 caselawanalytics.com, consulté le 02 juin 2018.

prennent pas la même décision »⁹⁷. Cet outil permet, sur la base des différentes caractéristiques du litige, d'estimer le montant des indemnités auxquelles la partie pourra être condamnée. Les statistiques fournies sont assez fines. A titre d'exemple, pourra ainsi être précisé au départ qu'une entreprise se situe à Paris, compte 500 salariés, qu'elle a licencié un salarié de 48 ans qui gagne 5200 euros et qui avait 16 ans d'ancienneté. Dans une telle situation « le montant le plus probable (24 % de juges) est 12 mois. En élargissant la fourchette, on peut constater que 56 % donneraient entre 11 et 13 mois et 70 % entre 10 et 14 mois »⁹⁸.

Les fondateurs revendiquent une fiabilité de l'outil entre 95 et 97 % suivant les contentieux⁹⁹ et avoir commercialisé leur logiciel auprès d'AXA ou de la SNCF par exemple¹⁰⁰.

C. Supra legem

Cette application a deux caractéristiques spécifiques : elle est gratuite et est spécialisée dans l'analyse de la jurisprudence administrative.

Elle a été développée par l'avocat fiscaliste, programmeur et *data scientist* Michael BENESTY. Elle aide à améliorer la pertinence et la rapidité des recherches, notamment par l'identification soit des tendances qui pourraient conduire à un revirement de jurisprudence soit des moyens les plus pertinents dans un litige face à l'administration¹⁰¹. De telles performances sont permises par le caractère plus modélisé de la jurisprudence administrative¹⁰².

Parce qu'il s'agit d'une tentative « ouverte », Michael BENESTY a pu présenter de façon plus approfondie la méthode utilisée dans le « *Journal of Open Access to Law* », auquel nous

97 TAVITIAN L., « Justice prédictive : vers une analyse très fine du risque juridique. », *village-justice.com*, 22 mars 2017, <https://www.village-justice.com/articles/Justice-predictive-vers-une-analyse-tres-fine-risque-juridique.24569.html>, consulté le 02 juin 2018, citant alors Jacques Lévy-Véhel, mathématicien et cofondateur de Case Law Analytics.

98 *Ibid.*

99 ROBERT M., « Jacques Lévy Véhel & Jérôme Dupré (Case Law Analytics) : « Le droit devient un objet mathématique » », *magazine-decideurs.com*, 17 févr. 2017, <https://www.magazine-decideurs.com/news/jacques-levy-vehel-jerome-dupre-case-law-analytics-le-droit-devient-un-objet-mathematique>, consulté le 02 juin 2018.

100 *caselawanalytics.com*, consulté le 02 juin 2018.

101 BARTHE E., « IA en droit : derrière la hype, la réalité », *precisement.org*, 02 mai 2018, <http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#nh2-92>, consulté le 02 juin 2018.

102 BARTHE E., « Supra Legem, un exemple de machine learning appliqué au droit », *precisement.org*, 18 juin 2017, <http://www.precisement.org/blog/Supra-Legem-un-exemple-de-machine-learning-applique-au-droit.html>, consulté le 02 juin 2018.

renvoyons le lecteur intéressé¹⁰³.

Son étude a consisté dans l'analyse du contentieux des obligations de quitter le territoire français. Son taux de prédiction de l'issue de ce contentieux est estimé à 87,2 %. Parmi les découvertes de cet outil, nous noterons que le fait qu'un étranger dispose de l'aide juridictionnelle augmente considérablement ses chances d'obtenir l'annulation de la décision d'éloignement. Autre découverte, dans un registre différent sur lequel nous reviendrons, intégrer dans l'outil le nom du juge n'améliore pas la qualité de prédiction de l'outil de façon significative¹⁰⁴.

D. Jurisdata Analytics

L'éditeur « Lexis 360 » a créé un outil « pour évaluer le montant d'une indemnité ou toute autre prestation à caractère monétaire en exploitant les données chiffrées contenues dans la jurisprudence »¹⁰⁵. Il permet en premier lieu une lecture accélérée sous forme de tableau des décisions de cours d'appel, ce qui n'est pas du domaine de la justice prédictive, mais surtout une analyse statistique des montants indemnitaires accordés dans trois contentieux spécifiques : le dommage corporel de la victime directe, la prestation compensatoire dans le cadre du divorce et le licenciement pour motif personnel. Il s'agit donc d'un outil moins performant que ceux présentés précédemment.

La présentation de ces différents outils de justice prédictive nous permet de mieux en comprendre les fonctions. Par ailleurs, nous constatons que les *legaltech* de justice prédictive françaises excluent actuellement le champ pénal de leur domaine d'analyse.

II. L'exclusion de la matière pénale par les acteurs de la justice prédictive

Bien que la question soit intéressante, nous nous devons de noter que les auteurs n'ont pas encore écrit sur ce sujet à notre connaissance, ce qui nous rendra la tâche difficile. En effet, il résulte des développements précédents que la justice pénale a été exclue du champ de la justice

103 BENESTY M., « L'open data et l'open source, des soutiens nécessaires à une justice prédictive fiable ? », *JOAL* 2017, Vol. 5 n° 1.

104 *Ibid*, p. 3.

105 <https://www.lexisnexis.fr/produits/Lexis-360-Avocats/Lexis360-JurisData-Analytics>, consulté le 02 juin 2018.

prédictive.

Rien n'empêche pourtant en principe son développement. En effet, l'article 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique¹⁰⁶ dispose en son deuxième alinéa 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 ». Or, il ne fait pas de doute que les décisions pénales sont effectivement des décisions judiciaires ! D'ailleurs, l'ancien Garde de Sceaux, Monsieur Jean-Jacques URVOAS, avait estimé en janvier 2017 que l'ensemble des décisions pénales des cours d'appel seraient mises à la disposition du public dans les deux à trois ans¹⁰⁷.

Les outils de justice prédictive seraient donc capables d'analyser ces décisions comme ils le font pour les décisions civiles ou administratives. Les Etats-Unis ont d'ailleurs recours à la justice prédictive dans le cadre de l'« *evidence based sentencing* » selon lequel un score est établi sur le risque de récidive et à partir duquel sera calculée la durée de la peine¹⁰⁸.

L'absence de développement de la justice prédictive dans le champ pénal serait en fait dû à des préoccupations éthiques. Louis LARRET-CHAHINE, co-fondateur de Predictice explique que cette exclusion est justifiée parce qu'« on ne veut pas savoir dans quelle juridiction un pédophile risque le moins d'années de prison. »¹⁰⁹ Comme nous le verrons ultérieurement, de nombreuses conséquences sont liées à l'utilisation de la justice prédictive comme outil d'aide à la décision. En particulier, cette utilisation pourrait permettre un perfectionnement du *forum shopping*¹¹⁰, mais aussi une remise en cause partielle de la valeur des motivations¹¹¹. Ce sont sans doute ces raisons qui inquiètent les entreprises de justice prédictive. Toutefois, rien n'interdit que cette position change à l'avenir. Le comité d'éthique créé par Predictice, et sur lequel nous reviendrons, doit d'ailleurs s'intéresser à l'extension du logiciel dans le domaine pénal¹¹².

106 JO du 8 octobre 2016.

107 FLEURIOT C., « Avec l'accès gratuit à toute la jurisprudence, des magistrats réclament l'anonymat », *Dalloz actu.*, 6 févr. 2017.

108 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 255 et 256.

109 LIBERT M., « Lille: Les avocats testent un logiciel de «justice prédictive» », *20minutes.fr*, 12 févr. 2017, <https://www.20minutes.fr/lille/2012739-20170212-lille-avocats-testent-logiciel-justice-predictive>, consulté le 14 juin 2018.

110 V. par ex. : CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 48.

111 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 49.

112 *Anon.*, « La première réunion du Comité éthique et scientifique de la justice prédictive s'est tenue dans les locaux du cabinet Taylor Wessing », *taylorwessing.com*, <https://france.taylorwessing.com/fr/la-premiere-reunion-du-comite-ethique-et-scientifique-de-la-justice-predictive-s-est-tenue-dans-les-locaux-du-cabinet-taylor-wessing>, consulté le 10 juin 2018.

Ce manque d'informations et l'incertitude quant au développement de la justice prédictive dans cette matière nous conduiront à limiter nos propos sur le sujet. Il y sera fait référence au cours des développements, puisque la fonction d'analyse des décisions pénales n'est pas étrangère à la justice prédictive, mais de façon plus réduite que dans les autres matières.

L'ensemble des outils précédemment décrits auront, dans leur fonction d'aide à la décision, des conséquences bénéfiques ou dangereuses. Nous débuterons par les aspects positifs de la justice prédictive et l'avènement possible d'une justice « augmentée ».

Section II.

Une fonction utile au règlement des litiges : la justice augmentée

La justice prédictive est porteuse de progrès tant pour le professionnel du droit (I) que pour le justiciable (II).

I. Une fonction au service des professionnels du droit

La justice prédictive permettra une connaissance améliorée du droit pour les professionnels (A) et entraînera une redistribution de leurs tâches (B).

A. Une connaissance augmentée de l'application du Droit

« La justice prédictive ouvre des perspectives d'étude de l'activité des juridictions jusqu'alors inexistantes. »¹¹³ Comme nous l'avons vu, la justice prédictive se base largement sur une analyse statistique de la jurisprudence. Une fois la totalité des décisions civiles numérisées, il devient possible d'étudier leur contenu et les grandes tendances qui les traversent. La justice prédictive est construite sur des corrélations statistiques. C'est cette fonction d'analyse qui pourra être employée à un approfondissement des connaissances relatives au droit.

Les décisions prises par les juges seront mieux comprises, à la fois dans les éléments de fait déterminants de leur conviction (1) et dans les décisions prises elles-mêmes (2).

1. Une meilleure compréhension des faits déterminants dans la conviction du juge

La justice prédictive devrait permettre au juge de mieux connaître les facteurs matériels qui guident, consciemment ou inconsciemment, sa jurisprudence. Elle se base essentiellement sur les faits initialement présents dans le litige (âge, sexe, revenus des parties, etc.), c'est donc de ces

113 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 23.

éléments que nous pourrons tirer des enseignements¹¹⁴.

« Un juge spécialisé va avoir à connaître au cours de sa carrière tout au plus plusieurs centaines d'affaires »¹¹⁵ relatives à son domaine de spécialité. Au contraire, les outils de justice prédictive connaîtront l'ensemble de la jurisprudence rendue. Ainsi, en 2017, 2 677 253 décisions ont été rendues dans le domaine civil et commercial, dont environ 1,6 million pour les seuls tribunaux d'instance et de grande instance¹¹⁶. Ces décisions, une fois en *open data* conformément aux articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, pourront faire l'objet d'une analyse beaucoup plus poussée que ne pourrait le faire un être humain des données de faits essentielles dans la prise de décision par le juge. En effet, celui-ci ne peut pas non seulement connaître ceux-ci du fait de leur quantité, mais également se remémorer l'ensemble des données de faits à la base de ses propres décisions. Pour reprendre le mauvais jeu de mots de *Lex machina*, une entreprise de justice prédictive californienne, « *objective data replaces subjective "anec-data."* »¹¹⁷.

Une nouvelle analyse statistique de la jurisprudence devient possible. Par exemple, il a déjà été démontré (dans le cadre des seules décisions de cours d'appel), dans le cas de contrats de travail rompus abusivement, que l'indemnisation augmente d'abord avec l'ancienneté du salarié licencié puis stagne, ce qui semble correspondre aux exigences légales¹¹⁸. Cependant, pour les salariés avec le plus d'ancienneté, le montant se décorrèle partiellement¹¹⁹. De même, si l'adultère n'est plus une cause péremptoire du divorce¹²⁰, les prestations compensatoires continuent à être plus élevées lorsque la personne à l'origine de l'adultère est débiteur de la prestation¹²¹. A l'inverse, nous nous apercevons que le montant de la prestation compensatoire n'est pas corrélé à la durée du mariage¹²². Pourtant, l'article 271 du Code civil prévoit bien que le montant de cette prestation est estimé entre autres sur la base de cette durée. Ces informations permettent ainsi de mieux comprendre le juge, en particulier dans le domaine indemnitaire mais aussi pénal et donc de guider l'avocat dans ses conclusions et plaidoiries. L'avocat pourra ainsi par exemple mieux conseiller son client dans le cadre de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, procédure pour laquelle son

114 CROZE H., « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 174.

115 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 49.

116 Ministère de la justice, Rapport *Les chiffres clefs de la justice 2017*, 20 oct. 2017, p. 10.

117 <https://lexmachina.com/what-we-do/>, consulté le 04 juin 2016.

118 C'est la logique employée par le législateur, voir le nouvel article L.1235-3 du Code du travail.

119 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 228 et 229.

120 Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JO 12 juil. 1975.

121 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 228.

122 DUPRE J. et LEVY VEHEL J., « L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 502.

assistance est obligatoire¹²³. Effectivement, le procureur va dans ce cadre proposer une peine au mis en cause¹²⁴. Si la peine proposée est supérieure à ce qui est jugé habituellement au niveau national au même dans la juridiction compétente, l’avocat pourra conseiller au client de la refuser¹²⁵.

Ces corrélations données à titre d’exemple restent encore très générales car elles sont basées sur un faible nombre de décisions. Elles s’affineront nettement avec une augmentation du nombre de corrélations possibles lorsque toutes les décisions seront publiées. Elles pourraient même aboutir, en l’absence d’anonymisation des noms des magistrats¹²⁶ dans les décisions de justice¹²⁷, à une étude effectuée juge par juge. Il a d’ailleurs pu être démontré que certains magistrats administratifs ont des taux de rejet en obligation de quitter le territoire français très au-dessus de la moyenne, voire proches de 100%¹²⁸.

Nous pensons qu’il est possible de parler de progrès. La fonction d’analyse de la justice prédictive améliorera une prise de conscience par les juges des éléments qui fixent leur jugement, dont éventuellement des préjugés. La justice prédictive guidera avocats ou législateur, ce dernier sachant alors dans quelle mesure la loi est appliquée selon sa volonté. En cas, par exemple, de découverte de discriminations dans le domaine indemnitaire (selon l’origine, le sexe, etc.) ces analyses statistiques iront peut-être dans le sens de l’amélioration de la justice, au sens de « rendre à chacun le sien ». En effet, rien n’interdit que, à l’image de ce qui fut démontré par des sociologues pour l’école¹²⁹, cet outil puisse conduire à démontrer que l’institution judiciaire soit à l’origine d’une reproduction des inégalités¹³⁰.

Si nous pouvons apprendre des données statistiques basées sur les éléments factuels initiaux, il est également possible de tirer des enseignements du dispositif des jugements.

123 Art. 495-8 al. 4 du Code de procédure pénale.

124 Art. 495-8 al. 1^{er} du Code de procédure pénale.

125 Intervention de Monsieur Jean-Paul JEAN lors du colloque du 08 juin 2018 à la Cour de cassation relatif au juge et au numérique.

126 CADIET L. (dir.), *L’open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 44 et s.

127 Ce qui est pour l’instant obligatoire, voir : art. L. 10, al. 1^{er} du Code de la justice administrative : « *Les jugements sont publics. Ils mentionnent le nom des juges qui les ont rendus* ». – Art. 454, al. 2 et 4 CPC : « *Il contient l’indication : (...) – du nom des juges qui en ont délibéré* » ; Art. 486, al. 1^{er} du Code de procédure pénale pour le tribunal correctionnel : « *La minute du jugement est datée et mentionne les noms des magistrats qui l’ont rendu* ».

128 Supra legem, « L’impartialité de certains juges mise à mal par l’intelligence artificielle », medium.com, 18 avr. 2016, consulté le 03 juin 2016.

129 BOURDIEU P. et PASSERON J.-C., *La reproduction : Éléments d’une théorie du système d’enseignement*, Les Éditions de Minuit, 1970.

130 V. par ex : LAGASNERIE G. (DE), *Juger. L’État pénal face à la sociologie*, Fayard, 2016.

2. Une meilleure connaissance du contenu des décisions

La justice prédictive se base également de façon évidente sur ce qui est effectivement décidé par les juges dans le dispositif du jugement. Leur analyse statistique aura pour avantage l'estimation de ce qui constitue la norme dans un contentieux donné (a) mais aussi des disparités alors révélées entre les juridictions (b).

a. Une meilleure connaissance de la décision « normale »

L'accessibilité de l'ensemble de la jurisprudence de premier degré aura une conséquence simple et évidente : il sera possible de connaître pour chaque contentieux la décision « moyenne », ou « normale ».

Assurément, cette moyenne aura un impact et un intérêt essentiel dans le domaine indemnitaire¹³¹ mais aussi dans le contentieux pénal, sur le montant des peines. Ces informations seront d'autant plus précieuses qu'elles seront adaptées précisément à des bases factuelles assez précises, et ce d'autant mieux que le contentieux sera un contentieux de masse. Plus les jugements seront nombreux, plus il y aura de cas similaires.

Cette connaissance serait favorable au justiciable, par exemple dans le cas de la discussion avec son assureur sur le montant de l'indemnisation. « Compte tenu de l'écart pouvant exister entre les indemnisations transactionnelles et les indemnisations judiciaires pour un même type de dommage, cette information pourrait être salutaire pour la victime »¹³².

Juger est souvent un acte solitaire, bien que cela ne corresponde pas à un idéal de justice¹³³. Grâce à la justice prédictive, le juge pourra savoir ce qu'ont fait ses collègues dans une situation similaire¹³⁴. Cette idée est renforcée par le fait que les contentieux de masse sont généralement jugés

131 PREVOST J.-B., « Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques », *Gaz. Pal.* 2018, n°4, p.43.

132 CHASSAGNARD -PINET S., « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, n° 10, p. 498.

133 DUFOUR O., *Justice, une faillite française ?*, LGDJ, 2018.

134 TAVITIAN L., « Justice prédictive : vers une analyse très fine du risque juridique... », *village-justice.com*, 22 mars 2017, <https://www.village-justice.com/articles/Justice-predictive-vers-une-analyse-tres-fine-risque-juridique.24569.html>, consulté le 02 juin 2018.

à juge unique¹³⁵. Quoiqu'il en soit les juges restent pour l'essentiel limités à des barrières physiques, ne pouvant éventuellement consulter que les magistrats de leur tribunal¹³⁶.

Pour uniformiser la jurisprudence au sein du ressort d'une cour d'appel, ont été créés des référentiels d'indemnisation indicatifs. Chaque cour d'appel publie un document présentant les montants médians accordés pour les différents postes de préjudice. Ces montants n'ont pas de caractère contraignant et ont le désavantage de varier en fonction des ressorts¹³⁷. Ces propositions sont donc utiles mais largement limitées par leur caractère régional.

Il s'agit là sans aucun doute d'une critique forte de la jurisprudence à laquelle pourrait répondre la justice prédictive : la disparité régionale des solutions résultant des décisions juridictionnelles.

b. Une meilleure connaissance des disparités juridictionnelles régionales

Il existe aujourd'hui des disparités locales importantes entre juridictions¹³⁸. Dans l'exemple cité plus haut, nous avons pu constater que, dans le domaine des licenciements sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel de Rennes est trois fois moins répressive que celle de Versailles¹³⁹. Le juge n'a pas nécessairement connaissance de ces disparités, en tout cas pas de façon précise. Par leur dévoilement, apparaît une possible harmonisation au niveau national¹⁴⁰. Dans le même sens, cette uniformisation pourrait avoir lieu dans le champ pénal. Les peines d'amende ou d'emprisonnement peuvent varier selon la jurisprudence propre à chaque juridiction. La justice prédictive œuvrerait donc pour une plus grande égalité entre les condamnations et donc entre les mis en cause¹⁴¹.

Évidemment, ces disparités étaient déjà connues des professionnels. Ainsi l'uniformisation de la jurisprudence pourrait aussi réduire le risque de *forum shopping*. Il faudra cependant remarquer que dans un premier temps, l'accès à ces informations pourrait permettre au contraire de renforcer ce recours au *forum shopping*, comme cela est régulièrement précisé, notamment en cas d'absence d'anonymisation du nom des magistrats¹⁴².

135 Ainsi, par exemple, aux termes de l'article L.222-1 du COJ, « le tribunal d'instance statue à juge unique ».

136 Il existe cependant des forums de discussion sur internet pour permettre la discussion entre magistrats.

137 MAURIN L., « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD civ.* 2015, n° 3, p. 520.

138 V. par ex. l'intervention de Madame Sophie LEMAIRE lors du colloque du 12 février 2018 précité

139 BRAFMAN J., « Justice prédictive, l'augure des procédures », *Liberation.fr*, 23 févr. 2017

140 CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 31.

141 Intervention de Madame Valérie MALABAT lors du colloque du 08 juin 2018 à la Cour de cassation relatif au juge et au numérique.

142 V. not. : BAS P., Rapport pour le Sénat, *Cinq ans pour sauver la justice*, 4 avr. 2017, p.133 ; CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 48.

La justice prédictive a donc une fonction d'analyse statistique qui devrait s'avérer extrêmement éclairante, sans même avoir recours à ses capacités prédictives. Sa fonction d'analyse préalable, mais aussi sa fonction prédictive, pourraient entraîner la redistribution d'une partie des tâches des professionnels du droit.

B. Une redistribution des tâches des professionnels

La justice prédictive pourrait améliorer la qualité du travail tant des juges (1) que des avocats (2).

1. Pour le juge

Le travail des juges se verrait allégé (a) et, grâce à ces gains de temps, le juge pourrait s'employer à des tâches où ses compétences auraient une véritable plus-value (b).

a. Un allègement du travail du juge

Cet allègement s'appuierait sur la base de deux changements cumulatifs : un allègement des tâches simples et répétitives (α) et une diminution générale du contentieux par un moindre recours au juge par les justiciables (β).

α . Un allègement qualitatif

De façon générale, la justice prédictive devrait être exclue des litiges les plus complexes, comme le recommande le rapport dit « CADIET », puisque selon celui-ci elles ne peuvent « offrir de réelle efficacité que pour les problématiques les plus simples »¹⁴³. Aux termes de l'article de Monsieur Bruno DONDERO « pour des problèmes simples, la justice peut fonctionner de manière purement automatisée »¹⁴⁴. Si une affirmation aussi tranchée sera discutée ultérieurement, il n'en

143 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 24.

144 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 535.

reste pas moins que ces litiges occupent une place importante dans le travail des magistrats. Son traitement partiellement automatisé leur permettrait de gagner un temps considérable pour qu'ils puissent se consacrer à d'autres activités. Autrement dit, le juge pourrait, tout comme Charlie CHAPLIN¹⁴⁵, quitter son travail à la chaîne pour retrouver une activité plus créative.

Les algorithmes de justice prédictive pourraient être utilisés à deux niveaux. Tout d'abord, ils auraient un rôle dans la phase préalable au jugement du fond, sur les problèmes de recevabilité (l'on peut par exemple imaginer une vérification automatique des délais de prescription ou de forclusion) et ensuite sur le traitement effectif des petits litiges.

Un exemple topique pourrait être les litiges relatifs aux crédits à la consommation, et ce sur les deux niveaux.

En premier lieu, la pratique montre que la question de la forclusion de l'action de l'organisme de crédit est souvent soulevée. Or, comme en dispose le nouvel article R.312-35 du Code de la consommation, les actions en paiement engagées devant le tribunal d'instance à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans suivant l'événement qui lui a donné naissance, sous peine de forclusion. Dans le cas de crédits renouvelables (« *revolving* »), cela se traduit en pratique par une étude longue et attentive des comptes, à laquelle s'ajoutent parfois des calculs, pour y rechercher le premier incident de paiement non régularisé. Or, il ne fait aucun doute qu'un tel exercice ne demande pas - ou très peu - de connaissances juridiques, et le travail de calcul ne nécessite rien de plus que des additions et soustractions. Un ordinateur serait tout à fait en capacité d'effectuer cette tâche - sans doute d'ailleurs avec un risque moindre d'erreur - à une vitesse considérablement accrue. La seule difficulté étant la variété des formes de compte-rendus apportés par l'organisme prêteur, mais rien n'interdit au législateur de leur imposer un formalisme strict. L'outil numérique pourrait alors apporter une aide précieuse aux juges d'instance.

De même, sur le fond, l'essentiel des contestations relatives aux crédits à la consommation, sont des critiques relatives au formalisme du contrat, très strictement encadré par le Code de la consommation, et ce le plus souvent sous peine de déchéance du droit aux intérêts. Ainsi, par exemple, selon l'article R.312-10 du Code de la consommation, le contrat de crédit est rédigé en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit. Si le magistrat doit alors vérifier avec sa règle le respect de cette exigence, la machine pourra effectuer cette tâche sans difficulté. Cela permettrait au passage d'unifier une jurisprudence variable selon les cours d'appel

145 CHAPLIN C., *Les temps modernes*, 1936.

sur ce point¹⁴⁶. De façon équivalente, les algorithmes de justice prédictive pourraient être en capacité de vérifier la présence des informations précontractuelles dont la délivrance est imposée à la banque¹⁴⁷ ou la consultation effective par la banque du « Fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers » (FICP)¹⁴⁸ - bien que là encore, se maintiennent des jurisprudences variables quant à la preuve de sa consultation¹⁴⁹.

Sur la base de cet exemple il est possible de confirmer l'hypothèse selon laquelle les instruments de justice prédictive auraient un impact sur le volume de travail du juge, puisque celui-ci se verrait assisté dans l'accomplissement de tâches fastidieuses et répétitives.

La justice prédictive pourrait donc alléger le travail du juge lors du traitement des dossiers. Mais elle devrait également abaisser la quantité de litiges qu'il aura à trancher.

β. Un allègement quantitatif

Comme nous l'avons vu, la justice prédictive permet une prévision approximative du résultat du contentieux sur la base d'éléments factuels. Elle peut donc être utilisée par les cabinets d'avocat pour conseiller leurs clients et leur annoncer le résultat prévisible du contentieux qui les oppose à l'autre partie. Cette fonction prédictive aura pour impact une réduction du contentieux sur deux plans.

Tout d'abord, prédire de forts risques d'échec à un justiciable c'est éviter un procès inutile et coûteux. Il est à prévoir une amélioration du conseil apporté par les avocats sur ce point, ce qui devrait abaisser en partie le volume du contentieux. Nous pourrions même imaginer que l'abaissement des recours au juge pourrait conduire celui-ci à condamner plus régulièrement le justiciable qui abuse de son droit d'agir¹⁵⁰. Il ne faut cependant pas ignorer l'intérêt de recourir au juge même sans espoir d'obtenir gain de cause par ce biais¹⁵¹.

146 MATHEY N., « Pour l'adoption du système métrique en droit de la consommation ! », *RD banc. fin.* 2015, n° 3 p. 42.

147 Art. L.312-12 et L.312-13 du Code de la consommation.

148 Art. L.312-16 du Code de la consommation.

149 RAVEL D'ESCLAPON T., « L'obligation de renseignement du prêteur », *LPA* 2017, 28 juil., n°150, p. 4.

150 Selon l'article 32-1 du Code de procédure civile, « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

151 ISRAEL L., *L'arme du droit*, Presse de Science Po, 2009.

Ensuite, et c'est ici un élément essentiel sur lequel nous reviendrons, la connaissance en avance de l'issue d'un procès va conduire le justiciable à recourir davantage aux modes alternatifs de règlement des litiges¹⁵². Comme avait pu l'écrire le Doyen Jean CARBONNIER, en fait d'alternative, il s'agit en pratique de se « débarrasser » d'un maximum de cas¹⁵³. Autrement dit, assez logiquement, les litiges se régleront avant d'atteindre le juge.

La raison est simple. Si le justiciable sait, par exemple, que dans 70 % des cas il obtiendra une indemnité de 10 000 euros, il aura tendance à transiger avec son adversaire pour tenter d'obtenir 7 000 euros. Cela le satisfera et il économisera temps et argent. « Il y a d'heureux arrangements, plus avantageux que les procès »¹⁵⁴.

Un autre exemple possible, plus révélateur encore, est celui de la résolution d'un conflit traité par la start-up américaine Legalist. Les entreprises américaines n'hésitent pas à multiplier les saisines de juridictions dans le but d'exténuer leurs concurrents. C'est pourquoi cette entreprise propose d'évaluer les chances de succès et la durée probable des différentes procédures et donner ainsi des arguments aux parties opposées (généralement plus faibles) pour leur permettre de négocier préalablement avec l'entreprise concurrente. Elle peut pour cela profiter de son algorithme prédictif qui base son évaluation sur près de quinze millions de dossiers accumulés sur les vingt-cinq dernières années. Son premier client fut d'ailleurs un boulanger opposé à une grande entreprise d'assurances.¹⁵⁵

Ce dégagement d'une partie du contentieux conduira le juge à occuper son temps à des tâches pour lesquelles il est plus intéressant de le solliciter.

b. Le juge recentré sur des tâches plus complexes

Le temps économisé grâce à aux outils de justice prédictive autorisera le juge à approfondir deux aspects de son travail : le traitement de litiges complexes et le temps d'audience.

Technicien de haut niveau, le juge pourrait passer plus de temps sur des dossiers où sa maîtrise technique est plus utile, apportant une véritable « plus-value »¹⁵⁶. La qualité des jugements et leur temps de traitement s'en trouveront améliorés.

152 V. par ex. : VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, n° 20, p. 1095.

153 CARBONNIER J., *Droit civil*, PUF, t. 1, 2004, n° 89, p. 159.

154 ALAIN, *Les Passions et la Sagesse (Mars ou la guerre jugée)*, Gallimard, 1960, p. 588.

155 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 48.

156 Intervention de Madame Soraya AMRANI-MEKKI lors du colloque du 12 février 2018 précité.

Ensuite, et cela est rarement noté, le juge pourra passer un temps accru en audience. La pratique montre que le temps d'audience accordé par le juge lors d'un divorce a tendance à se réduire. Des sociologues de la justice ont fait état d'audiences de quatre minutes dans des cas de divorce non contentieux¹⁵⁷. Or, cette audience, que les parties ont attendue depuis plusieurs mois dans une ambiance difficile, ne leur permet ni de faire valoir leurs points de vue ni de raconter leur histoire. Comme le rapporte un magistrat, « je sens qu'il y a un besoin des gens de venir déverser, de dire ce qui est à dire par rapport à leur vécu et à leur douleur. Donc il faut quand même leur donner un temps de parole »¹⁵⁸. La justice n'est pas qu'histoire de droit, mais aussi de relations humaines¹⁵⁹. Ce retour à une vision plus « émotionnelle » ou « empathique » du rôle juge se lie au développement du mouvement « *Law and Literature* » en France¹⁶⁰ après son apparition aux États-Unis. Comme l'a écrit Madame Martha C. NUSSBAUM, il s'agit de « s'attacher aux caractéristiques de l'imagination littéraire comme imagination publique, capable d'orienter les juges dans leurs arrêts »¹⁶¹. Le juge pourra ainsi concentrer une partie de son énergie dans la création d'un lien émotionnel et relationnel, qui aura un impact fort sur la paix sociale¹⁶². Il apportera une « fonction d'écoute qui manque aujourd'hui au citoyen »¹⁶³.

Cependant, cette idée se base sur le fait qu'avec cette économie de temps apparaît une économie de moyens. Cependant, si l'économie de moyens apportée par la justice prédictive est indubitable, rien ne permet d'affirmer que les économies réalisées se reporteront sur le budget des juridictions¹⁶⁴.

Un impact similaire sera constaté sur la profession d'avocat.

157 BASTARD B., DELVAUX D., MOUHANNA C. et al., *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, PUR, 2016, p. 102.

158 *Ibid.*, citation de la parole d'un juge de Flandria, p. 104.

159 JEULAND E., *La théorie relationniste du droit*, LGDJ, 2016.

160 On peut ainsi noter l'apparition début 2017 de la *Revue Droit & Littérature*, publiée par les éditions LGDJ, dont Monsieur Nicolas DISSAUX est le rédacteur en chef.

161 NUSSBAUM M. C., *L'art d'être juste*, Climats, 2015, p. 30, trad. de *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995.

162 JEULAND E., « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 2, 2017, dossier 9.

163 AGOSTINI F. et MOLFESSIS N., Rapport « *Amélioration et simplification de la procédure civile* », 15 janv. 2018, p. 24.

164 Intervention de Madame Soraya AMRANI-MEKKI lors du colloque du 12 février 2018 précité ; AMRANI-MEKKI S., « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n° 157, p. 2.

2. Pour l'avocat

L'idée est proche de celle appliquée aux magistrats du siège : la justice prédictive apportera une économie de temps (a) favorable à une amélioration de la qualité de leur travail quotidien (b).

a. Un allègement du travail de l'avocat

Tout d'abord, l'avocat pourra conseiller son client de façon plus avisée. Le client « consommateur » des services apportés par « l'entreprise » gérée par l'avocat¹⁶⁵, sera mieux informé sur les questions essentielles qui le taraudent. La justice prédictive, comme nous l'avons vu, permet essentiellement de répondre à la « triade sacramentelle » : « quelles chances de succès, pour quel coût et dans quels délais »¹⁶⁶. C'est d'ailleurs exactement pour cela qu'est apparue la justice prédictive, avec des dossiers importants et complexes de propriété intellectuelle. La start-up californienne *Lex Machina* accompagne l'étude des dossiers de brevets. Par sa « connaissance littéralement surhumaine », elle est capable de prédire l'issue et la durée des litiges qui leur sont relatifs¹⁶⁷.

Dans la suite de cette remarque, en ayant un outil d'analyse rapide, un premier balayage des affaires évitera à l'avocat de passer du temps sur des dossiers qui pourraient paraître *in fine* ingagnables.

De même que pour les juges, une partie du travail des avocats sera transmis à la machine. L'impact affectera en particulier ce qui est actuellement effectué par les *paralegals* ou les documentalistes juridiques¹⁶⁸, dont 13 % du travail pourrait être automatisé¹⁶⁹.

b. L'avocat recentré sur des tâches plus complexes

Tout d'abord, tout comme le magistrat, l'avocat pourra accorder un temps accru auprès de

165 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 48.

166 Intervention de Monsieur Antoine LOUVARIS lors du colloque du 12 février 2018 précité.

167 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 49.

168 BARTHE E., « IA en droit, derrière la hype, la réalité », *precisement.org*, 02 mai 2018, http://www.precisement.org/blog/Intelligence-artificielle-en-droit-derriere-la-hype-la-realite.html#predictice_cla_sl, consulté le 02 juin 2018.

169 REMUS D. et LEVY F., « *Can robots be lawyers ?* », *SSRN* 2016, 27 nov. 2016, p. 46.

ses clients et ainsi allonger son temps d'écoute¹⁷⁰. En second lieu, il devrait voir augmenter le nombre de modes alternatifs de règlement des litiges qu'il aura à gérer. Si les parties savent à l'avance la solution probable de leur litige, ils seront conduits à recourir plus régulièrement à ceux-ci, comme précédemment démontré. En ce sens, l'avocat français pourrait voir sa pratique se rapprocher de celle de ses confrères américains où 80 % des litiges devant les tribunaux étatiques sont négociés¹⁷¹. Ceci est également à corrélérer au problème budgétaire auquel doit faire face le service public de la justice¹⁷². En effet, « le budget du ministère de la Justice américaine est aussi faible que celui du ministère de la Justice en France »¹⁷³. Or, plus il y aura de mesures alternatives, plus le ministère de la Justice fera d'économies.

Ensuite, parce que l'avocat est intéressé économiquement, ce temps lui permettra de se faire connaître d'un plus grand nombre de clients potentiels et « de faire tomber la barrière de l'inaccessibilité »¹⁷⁴. Cette transformation est à associer à la libéralisation de la communication des avocats au niveau publicitaire¹⁷⁵, qui peut aujourd'hui promouvoir ses services sous toutes formes, sous réserve de certaines restrictions à caractère déontologique¹⁷⁶. Il est possible d'y voir un aspect de la transformation à caractère entrepreneurial de la profession d'avocat¹⁷⁷.

Ces différents progrès pour les professions judiciaires rejailliront ou, selon une expression connue du monde économique, « ruisselleront »¹⁷⁸, sur le justiciable.

II. Une fonction au service du justiciable

La justice prédictive apportera tant une meilleure prévisibilité juridique (A) qu'une plus grande célérité de la justice (B).

170 Intervention de Maître Louis BORE lors du colloque du 12 février 2018 précité.

171 BERANGER H., « Un bon avocat négociateur est avant tout un excellent plaideur », *JCP G* 2013, n° 18, p. 860.

172 DUFOUR O., *Justice, une faillite française ?*, LGDJ, 2018.

173 BERANGER H., *ibid.*

174 EID I., « Le numérique au cœur des professions juridiques », *Option Finance*, n° 1448, 5 févr. 2018 p. 47.

175 IWEINS D., « Publicité des avocats, du rêve à la réalité », *Gaz. Pal.* 2016, n° 23, p. 8.

176 Art. 10 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat.

177 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 48.

178 La théorie du ruissellement ou « *trickle-down theory* », repose sur la conviction que le marché « libre » conduit à la meilleure allocation des ressources, v. par ex BEITONE A., *Économie, sociologie et histoire du monde contemporain*. Armand Colin, 2013, p. 301.

A. Une prévisibilité juridique augmentée

La prévisibilité juridique se rattache au concept de sécurité juridique et correspond en fait à son sens pris étroitement¹⁷⁹. Cette prévisibilité est nécessaire pour le justiciable (1) et son amélioration est au cœur des outils de justice prédictive (2).

1. Le besoin de prévisibilité dans l'application de la norme

Cette prévisibilité de la norme est utile aux acteurs. Elle est défendue tout particulièrement par les acteurs économiques¹⁸⁰. Elle leur permet une meilleure gestion du risque, sous l'angle du risque juridique en l'espèce. Les « incertitudes jurisprudentielles [...] ont ainsi été présentées comme constituant un risque [...] anormal pour l'entreprise »¹⁸¹, pouvant « pèse[r] sur l'attractivité économique de la France »¹⁸². Ce besoin de prévisibilité se retrouve récemment dans le plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse¹⁸³.

Si nous comprenons d'un point de vue matérialiste l'importance de la prévisibilité de l'application de la norme, elle est également au centre même de ce que représente le droit : « la fonction prédictive n'est pas nouvelle en soi : elle est inscrite dans la nature même du droit qui est de rendre les rapports sociaux prévisibles. »¹⁸⁴ Le problème est qu'« une règle n'est pas prédictive si l'on ne connaît pas la règle d'application de la règle. Or ces règles de second rang sont beaucoup plus difficiles à trouver et à formaliser que les premières. C'est pourquoi elles fournissent une marge d'appréciation aux juristes. »¹⁸⁵

La justice prédictive vient donc au secours du justiciable en l'aidant à comprendre ces marges d'interprétation et éventuellement les réduire.

179 MUZNY P., « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, n° 32, p. 2214.

180 COULON J.-M. (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, 2008, p. 21.

181 *Ibid.*, p. 14.

182 *Ibid.*, p. 3.

183 Art. L.1235-3 du Code du travail, issu dans sa nouvelle rédaction de la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 *ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*.

184 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 48.

185 *Ibid.*

2. Les apports de la justice prédictive

La justice prédictive intervient pour affiner la compréhension des éléments qui vont construire plus ou moins consciemment la solution jurisprudentielle, comme nous l'avons vu précédemment. Cette nouvelle compréhension, atteignant les juges eux-mêmes, devrait conduire à une atténuation des disparités jurisprudentielles locales et donc permettre un renforcement de la prévisibilité dans l'application de la norme¹⁸⁶.

Cette uniformisation de la jurisprudence évitera le sentiment d'injustice tiré des disparités territoriales, notamment dans le domaine indemnitaire. Ce sentiment d'injustice est peut-être plus profond que la seule crainte de l'iniquité. Il s'agit selon certains auteurs d'une véritable crise de confiance.

Paradoxalement, le *sentencing by numbers* devrait apporter une confiance accrue des justiciables en la justice. Selon les termes de Monsieur Alain SUPIOT, les mathématiques « seraient la clé de l'intelligibilité – et donc de la maîtrise – du monde »¹⁸⁷, ce qui justifierait alors que la justice leur soit associée. Mieux vaut une décision « normale » (et donc « normée ») qu'une décision dont on peut croire qu'elle résulte de l'histoire personnelle du juge ou, pire, de ce qu'il a mangé au petit-déjeuner. Une étude aurait montré que les candidats au divorce « s'inclinent plus volontiers devant une statistique leur indiquant un certain montant de prestation compensatoire que devant une ordonnance d'un juge »¹⁸⁸.

L'idée est que l'intelligence artificielle rendrait une justice plus juste et ce pour deux raisons principales. Tout d'abord, elle serait plus puissante que le juge. « En quoi consiste le travail du juge ? A synthétiser des milliers de pages de procédure, à lire des rapports d'experts, à consulter des textes de loi et la jurisprudence liée, pour enfin rendre une décision. Un travail de titan qu'aucun cerveau normal ne peut effectuer parfaitement, a fortiori s'il est placé dans un contexte de surcharge chronique »¹⁸⁹. Ce travail pourrait être effectué par la machine, comme le ferait le robot ROSS d'IBM, déjà capable semblerait-il de faire des recherches sur la jurisprudence (américaine) à la vitesse d'un avocat avec 20 ans d'expérience¹⁹⁰. Ensuite, et c'est là le plus important, la machine

186 V. par ex. : VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1096.

187 SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 105, ouvrage que nous retrouverons ultérieurement dans nos développements.

188 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 50.

189 ALEXANDRE L. et BABEAU O., « Confions la justice à l'intelligence artificielle ! », *Les Echos*, 21 sept. 2016, p. 11.

190 Anon., « *Legal AI: It's not just for Big Law – Salazar Jackson and ROSS Intelligence* », [artificiallawyer.com, https://www.artificiallawyer.com/2017/01/09/legal-ai-its-not-just-for-big-law-salazar-jackson-and-ross-intelligence](https://www.artificiallawyer.com/2017/01/09/legal-ai-its-not-just-for-big-law-salazar-jackson-and-ross-intelligence).

pourrait « sauver le jugement de son humanité »¹⁹¹. La machine rendrait une « meilleure justice qu'une personne influencée par sa propre idéologie et le contexte du jugement. Aux États-Unis, des études ont montré que la médiatisation d'un cas rendait la décision plus sévère »¹⁹². Les statistiques dépasseraient le juge, « aveugle sur son impartialité »¹⁹³.

Si ces assertions seront discutées sur le fond, il faut reconnaître leur force de conviction. L'homme faillible serait surpassé par l'infailibilité des mathématiques.

Aux côtés de la prévisibilité, la célérité se verrait renforcée.

B. Une célérité accrue

La célérité est l'un des éléments du procès équitable au sens de l'article 6 de la CESDH¹⁹⁴ et donc une mesure de protection pour le justiciable. Elle a pour objectif général de veiller « à ce que la justice ne soit pas rendue avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité »¹⁹⁵. La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) contrôle attentivement le respect de ce principe, tout particulièrement en matière pénale et condamne régulièrement les États-membres sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CESDH)¹⁹⁶. Cet article dispose en effet que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable ». La justice prédictive serait un atout pour lutter contre les lenteurs de la justice.

L'accélération du temps de résolution des litiges apportée par les instruments de justice prédictive est largement admise par la doctrine¹⁹⁷. Elle porterait sur plusieurs niveaux.

Tout d'abord, comme nous l'avons étudié, connaître à l'avance les probabilités favorables ou défavorables de l'issue du procès devrait conduire, par effet de « vases communicants »¹⁹⁸, à une

consulté le 05 juin 2016.

191 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 134.

192 ALEXANDRE L. et BABEAU O., « Confions la justice à l'intelligence artificielle ! », *Les Echos*, 21 sept. 2016, p. 11.

193 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 132.

194 Cour EDH, gr. ch., 29 mars 2006, n° 64886/01, *Cocchiarella c/ Italie*, § 11.

195 Cour EDH 24 oct. 1969, n° 10073/82, § 58, *H. c/ France*.

196 NICAUD B., « Délai raisonnable et droit européen », *AJ pénal* 2017, n° 4, p. 163.

197 Et justifie peut-être en partie l'intérêt que lui porte Madame Soraya AMRANI-MEKKI, auteure de la thèse *Le temps et le procès civil* (Daloz, 2002, préf. L. CADIET).

198 LARRET-CHAHINE L., « La justice prédictive : nouvel horizon juridique », *lepetitjuriste.fr*, 11 juill. 2016, <https://www.lepetitjuriste.fr/lgi/justice-predictive-nouvel-horizon-juridique>, consulté le 09 juin 2018.

augmentation du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges, réputés plus rapides¹⁹⁹. Il faut toutefois remarquer que recourir à ces modes de règlement entraîne inversement un allongement des procédures en cas d'échec²⁰⁰, ce risque étant ici amoindri par les prévisions de la justice prédictive.

Ensuite, la diminution du nombre d'affaires jugées entraînerait un désencombrement des juridictions. Il s'agit d'un objectif très en vogue actuellement. En effet, « raisonnant en termes d'efficacité, voire de rentabilité de la machine judiciaire, l'approche économique de la justice se trouve de plus en plus fréquemment sollicitée. »²⁰¹

Dans la continuité des écrits de Jean-Jacques ROUSSEAU, qui dissociait développement de la civilisation et progrès²⁰², Jacques ELLUL était opposé à l'utilisation du mot « progrès » associé à la technique. Celui-ci occasionne également des nuisances.

199 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *Droit processuel*, 9^e éd., Dalloz, 2017, p. 1411, n° 596.

200 *Ibid.*

201 MAGENDIE J.-C. (dir.), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, La Documentation française, 24 mai 2008., p. 29.

202 ROUSSEAU J.-J., *Discours sur les sciences et les Arts*, 1750.

Section III.

Une fonction porteuse de nombreux dangers

Selon la formule employée par Maître Louis BORE pour introduire le colloque à la Cour de cassation du 12 février 2018 relatif à la justice prédictive: « il est rare pour un homme de pouvoir assister à son propre enterrement ». Avocat aux Conseils, il entendait par là la disparition prochaine de la profession d'avocat, du moins sous sa forme actuelle, et sans doute également des autres professions judiciaires par extension. En effet, si nous avons jusqu'ici esquissé un avenir radieux à la justice prédictive, nombre d'auteurs annoncent « la destruction en masse de nos emplois », « l'émergence apocalyptique d'une conscience robotique hostile », « la ruine d'une Europe écrasée par la concurrence »²⁰³. Ce sont ces craintes qu'il nous faudra décrire et expliquer.

Elles portent autant sur la technique elle-même (I) que sur les conséquences de son utilisation (II).

I. Les dangers liés à la technique en elle-même

A revers de son apparente infaillibilité mathématique, les instruments de justice prédictive portent en eux des risques, dès leur origine (A), mais aussi dans leur mise en place (B).

A. Dans sa conception

Parce que les outils de justice prédictive sont des logiciels qui relèvent d'une logique basée sur le précédent (1), mais aussi parce qu'ils sont construits sur un système complexe de corrélations (2) de nombreux biais dangereux sont à noter.

203 CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 2.

1. Un système basé sur la logique du précédent

Si la logique du précédent est une des principales limites du développement de la justice prédictive²⁰⁴, elle est aussi la source de biais importants dans les résultats qu'elle propose. A chaque procès correspond une situation de fait particulière. Ces situations sont potentiellement infinies. Le nombre de jugements est trop faible pour apprendre correctement les meilleurs choix possibles à la machine (*via* la méthode dite du *machine learning*, éventuellement associée au *deep learning*). Si nous avons vu que cette problématique a pu être contrecarrée dans le cadre du jeu de go, c'est parce que la machine est capable de savoir seule si la solution est bonne ou mauvaise, puisque lorsqu'elle gagne, la machine sait que sa solution proposée est la bonne²⁰⁵. Au contraire, seul un superviseur ou un précédent pourra informer la machine que le « jugement » établi par l'ordinateur est conforme au droit, ce qui limite considérablement sa capacité de progression. La machine doit donc quasi-exclusivement se baser ce qui a été jugé précédemment et présumé conforme au droit. Elle construit donc son analyse sur ce « faible » nombre de jugements. Face au caractère indéfini du nombre de possibilités, le nombre de « données brutes » (les jugements précédemment rendus) oblige le mathématicien à créer des biais mathématiques pour corriger l'algorithme²⁰⁶. Il devra estimer humainement, sur sa seule réflexion et son intuition, les éléments essentiels à prendre en compte en leur attribuant un facteur plus important.

Par exemple, s'il se trouvait que la machine établissait une corrélation importante entre la période lors de laquelle est rendu le jugement et le montant de la prestation compensatoire, celle-ci la prendrait automatiquement comme base de ses prédictions futures. Il est pourtant permis de douter de la pertinence d'une telle corrélation. Le programmeur devra prendre en compte de sa propre initiative cette anomalie statistique pour la retirer du logiciel de prédiction, ou au moins renforcer d'autres facteurs de décisions, tels que la durée du mariage ou les revenus des parties.

Si cet exemple paraît évidemment simple, cela sera sans doute moins le cas dans des litiges plus complexes.

Au surplus, cela met en exergue l'absence d'infailibilité de la machine dont la logique est basée sur le précédent, parce que la subjectivité du programmeur entre en jeu et risque de fausser les résultats.

Cas plus problématique, le logiciel COMPAS, commercialisé par la société

204 V. *supra*.

205 V. *supra*, TUAL M., « Intelligence artificielle : toujours plus puissant, AlphaGo apprend désormais sans données humaines », lemonde.fr, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/10/18/intelligence-artificielle-toujours-plus-puissant-alphago-apprend-desormais-sans-donnees-humaines_5202931_4408996.html, consulté le 28 mai 2018.

206 Intervention de Monsieur Dominique PERE, lors du colloque précité du 12 février 2018.

NORTPHOINTE, pour calculer le risque de récidive aux États-Unis, contenait des préjugés raciaux. Après avoir démontré le fort taux de faux positifs dans les prédictions du logiciel, le site d'investigation américain PROPUBLIA a démontré que les prévenus noirs étaient deux fois plus « notés » à tort comme de « futurs criminels » que les blancs, lesquels sont plus souvent étiquetés à tort en « risque faible »²⁰⁷.

De la même façon, rien n'interdit que ces préjugés valorisent « les intérêts de ces programmeurs, de ceux qui les financent, de leurs actionnaires ou de leurs clients »²⁰⁸.

Ces biais sont renforcés par le raisonnement par corrélation effectué par la machine.

2. Un système corrélatif

« Il faut prendre garde à ne pas confondre causalité et corrélation. Une corrélation est un lien statistique, sans qu'on sache quelle variable agit sur l'autre. Une causalité est un lien qui affirme qu'une variable agit sur une autre. Si deux événements sont proches dans le temps ou dans l'espace, ils sont corrélés. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'un a causé l'autre »²⁰⁹.

Il existe nombre de corrélations statistiques qui ne font pas sens. Voici quelques exemples :

- « il ne faut pas aller à l'hôpital lorsque l'on est malade puisque le taux de mortalité dans un lit d'hôpital est 10 fois supérieur à celui du lit de son habitation »²¹⁰, ce qui est évidemment lié au fait d'être malade quand on est à l'hôpital ;
- une étude anglaise établit une corrélation entre le nombre de cigognes et le nombre de naissances humaines sur un territoire donné²¹¹, lié à une plus forte natalité dans le milieu rural ;
- il existe une corrélation de 99,79 % entre les dépenses des États-Unis dans le domaine technologique, scientifique et spatial et le nombre de suicide dans le pays par pendaison, strangulation ou suffocation, ce qui est *a priori* sans lien²¹².

207 ANGWIN J., LARSON J., MATTU S. et al., « Machine bias », *propublica.org*, 23 mai 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, consulté le 06 juin 2018.

208 VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1100.

209 *Ibid*, p. 1099.

210 KRIVINE H., « Distinguer causalité et corrélation », *cndp.fr*, <http://www.cndp.fr/entrepot/themadoc/probabilites/reperes/causalite-et-correlation.html>.

211 MATTHEWS R., « Storks deliver Babies », robertmatthews.org, robertmatthews.org/wp-content/uploads/2016/03/RM-storks-paper.pdf, consulté le 06 juin 2018.

212 Anon., « Spurious correlations », *tylervigen.com*, <http://tylervigen.com/spurious-correlations>, consulté le 06 juin 2018.

Dans un domaine plus juridique, il a été noté que la comparution immédiate entraînait 8,4 fois plus de condamnations à une peine d'emprisonnement qu'une audience ordinaire²¹³. « Est-ce parce que cette procédure incite davantage à la sévérité, est-ce parce que les juges les plus répressifs se destinent plus fréquemment à ce type de procédure ou est-ce, finalement, parce que le parquet oriente en comparution immédiate les auteurs de faits les plus graves ? »²¹⁴

Corrélation n'est pas raison. Il en est de même entre la récurrence de certains éléments statistiques et l'établissement d'une prédiction d'ordre juridictionnelle. L'utilisation de la justice prédictive est donc dangereuse car ce qu'elle présente comme la vérité ne pourrait être qu'un artifice qui conduirait justiciables et acteurs du procès à une mauvaise représentation de la justice et de ses fondements factuels.

En lien avec ces démonstrations, les défauts inhérents à la conception de ces outils conduit à une attention nécessaire portée sur leur mise en place, au risque à défaut de confirmer certaines craintes.

B. Dans sa mise en place

Les dangers liés à la mise en place de la justice prédictive sont liés à son opacité (1) et au respect de la vie privée (2).

1. L'opacité des algorithmes de justice prédictive

En raison des biais précédemment évoqués, existe aujourd'hui un véritable appel à la transparence²¹⁵. Cette transparence apparaît comme une nécessité (a), qui pourrait être compromise (b).

213 JACQUIN J.-B., « Des associations dénoncent les comparutions immédiates », *Le Monde*, 20 févr. 2018.

214 VIGNEAU V., *op. cit.*, p. 1099.

215 V. par ex. : BENESEY M., « L'open data et l'open source, des soutiens nécessaires à une justice prédictive fiable ? », *JOAL* 2017, Vol. 5 n° 1.s ; CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017 ; CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017 ; VILLANI C. (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, Rapport au Premier ministre, 8 mars 2018.

a. La nécessité de la transparence

L'algorithme prédictif contient un certain nombre de biais, notamment subjectifs, qui le rendent discutable²¹⁶. Selon les entreprises et leurs algorithmes, les prédictions varient, avec « des disparités un peu inquiétantes »²¹⁷.

Le professionnel du droit, mais également le justiciable, doivent connaître le contenu de ces algorithmes pour pouvoir le discuter, le contredire et éventuellement le confronter à d'autres. Il s'agit là de la simple application du principe du contradictoire, qui découle du principe d'égalité des armes et du procès équitable²¹⁸ et plus largement des droits de la défense, qui sont un droit naturel²¹⁹. Le contradictoire « c'est d'abord de pouvoir discuter de tout ce qu'avance en fait et en droit l'adversaire et de tout ce qu'il produit, pièces et documents. C'est ensuite de pouvoir discuter avec le juge »²²⁰. Son application est essentielle dans le cadre de la justice prédictive.

A l'heure actuelle au moins²²¹, ces instruments sont onéreux et seront donc réservés à une partie des justiciables seulement, « à une petite poignée de professionnels, aussi distingués que l'étaient les scribes dans l'Égypte ancienne »²²². Si cela pourrait donner un avantage concurrentiel important entre deux parties opposées²²³, il ne faudrait pas que cette apparente vérité reste indiscutée. Les différents biais sont suffisamment importants pour mériter une éventuelle remise en cause.

Ce n'est pas sans rappeler le conflit qui avait opposé l'association « Droits des lycéens » et le ministère de l'Enseignement supérieur sur la publication de l'algorithme « Admission Post-Bac » (APB). Il s'était conclu par une injonction de publication par la CNIL, pour garantir « la transmission aux personnes des informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement APB »²²⁴. L'actuel algorithme « Parcoursup » a été publié le 21 mai 2018²²⁵, en tout cas dans sa version nationale²²⁶ et a suscité les mêmes débats.

216 V. *supra*.

217 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 51.

218 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et *al.*, *Droit processuel*, 9^e éd., Dalloz, 2017, p. 1125, n° 451.

219 *Ibid.*, p. 1112, n° 453.

220 *Ibid.*, p. 1133, n° 460.

221 Si l'on en croit la loi de MOORE (conjecture prédictive confirmée dans les faits actuellement), selon laquelle « le nombre de transistors des microprocesseurs sur une puce de silicium double tous les deux ans », les machines électroniques sont de moins en moins coûteuses et de plus en plus puissantes ; v. « Loi de Moore », [wikipedia.org](https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_de_Moore), consulté le 06 juin 2018.

222 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 51.

223 Sans que l'on puisse selon nous considérer qu'il y ait rupture dans l'égalité des armes.

224 Décision de la CNIL, n° MED-2017-053 du 30 août 2017 *mettant en demeure le ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation*, JO 28 sept. 2017.

225 <https://framagit.org/parcoursup/algorithmes-de-parcoursup>, consulté le 06 juin 2018.

226 GRAVELEAU S., « Parcoursup : « Les établissements sont devenus les principaux acteurs de la sélection » », lemonde.fr, 31 mai 2018.

Nous remarquerons par ailleurs que dans le cas de décisions individuelles prises par l'administration sur le fondement d'un traitement algorithmique, celle-ci « comporte une mention explicite en informant l'intéressé ». Par ailleurs « les règles définissant ce traitement ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre sont communiquées par l'administration à l'intéressé s'il en fait la demande »²²⁷. Ces informations sont précisément décrites à l'article R.311-3-1-2 du Code des relations entre le public et l'administration²²⁸. La transparence des algorithmes semble donc être une donnée considérée comme importante par l'administration.

La nécessité d'une telle transparence pour les algorithmes de justice prédictive a été démontrée par un cas²²⁹ présenté par la *Harvard Law Review*²³⁰. Un jeune homme a été condamné sur la base du logiciel COMPAS, prédisant le risque de récidive. Il s'est opposé à cette décision en arguant devant la Cour suprême de l'État du Wisconsin que sa peine n'avait pas été personnalisée et qu'il lui manquait des informations relatives à l'algorithme pour se défendre²³¹. La Cour a confirmé les décisions précédentes, au motif que les informations utilisées par COMPAS étaient des informations publiques et surtout que la décision des juges ne se basait pas uniquement sur cet algorithme²³². En effet, l'algorithme COMPAS est protégé par le secret des affaires. Comme nous l'avons vu, il a été établi postérieurement à cette décision que cet algorithme était biaisé et contenait des préjugés racistes²³³. Il n'est pas certain que la même décision serait prononcée après ces révélations.

Un autre risque du manque de transparence est la méconnaissance du contenu des données

227 Art. L.311-3-1 CRPA, dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*, JO 8 oct. 2018.

228 Selon lequel « l'administration communique à la personne faisant l'objet d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, à la demande de celle-ci, sous une forme intelligible et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés par la loi, les informations suivantes :

« 1° Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision ;

« 2° Les données traitées et leurs sources ;

« 3° Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ;

« 4° Les opérations effectuées par le traitement »

229 Cour suprême du Wisconsin, « *State vs Loomis* », 13 juil. 2016, n°881 N.W.2d 749 (2016).

230 Anon., « *State c/ Loomis, Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*. *Harvard Law Review* », *harvardlawreview.org*, 10 mars 2017, <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>, consulté le 06 juin 2018.

231 *Ibid.* : « *Loomis asserted that the court's use of the COMPAS assessment infringed on both his right to an individualized sentence and his right to be sentenced on accurate information* ».

232 *Ibid.* : « *as COMPAS uses only publicly available data and data provided by the defendant, the court concluded that Loomis could have denied or explained any information that went into making the report and therefore could have verified the accuracy of the information used in sentencing. Regarding individualization, Justice Bradley stressed the importance of individualized sentencing and admitted that COMPAS provides only aggregate data on recidivism risk for groups similar to the offende But she explained that as the report would not be the sole basis for a decision, sentencing that considers a COMPAS assessment would still be sufficiently individualized because courts have the discretion and information necessary to disagree with the assessment when appropriate* ».

233 *V. supra*.

utilisées pour prédire la solution du juge. Il existe aujourd'hui un véritable lobbying des sociétés d'assurances pour intégrer aux données utilisées par la justice prédictive leurs propres données, c'est à dire le résultat d'indemnisations non juridictionnelles. Cela devrait conduire mécaniquement à une baisse du montant des montants moyens accordés selon le logiciel et donc aux montants d'indemnisation qu'elles devraient verser aux assurés²³⁴. Les assurances de protection juridique sont probablement le premier marché que tenteront de conquérir les entreprises de justice prédictive²³⁵.

Si Monsieur LOOMIS n'a pas pu discuter du contenu de l'algorithme, c'est parce qu'il était protégé par le secret des affaires (« *trade secret* »), l'un des freins importants à la transparence des algorithmes.

b. Les freins à la transparence

En effet, plusieurs freins existent quant à l'accès au contenu des algorithmes prédictifs. Leur divulgation serait opposée au principe de secret des affaires et pourrait poser des difficultés relatives à la propriété intellectuelle²³⁶.

Sur le recours à la propriété intellectuelle, deux régimes pourraient être applicables : le droit d'auteur et le brevet.

En principe, l'algorithme, relevant du domaine des mathématiques, ne peut être protégé par le droit d'auteur²³⁷. En effet, les « algorithmes relèvent des idées, non protégeables par nature »²³⁸. Cependant, selon l'article L.112-2 13° du Code de la propriété intellectuelle²³⁹, les logiciels sont protégés par lui, car ils sont considérés comme des « œuvres de l'esprit » au sens de ce Code. Il faudra cependant en démontrer l'originalité²⁴⁰. Cette originalité, selon cet arrêt, réside dans « un

234 Intervention de Monsieur Guy PASQUIER DE FRANCLIEU, Premier Président de la cour d'appel de Douai, à l'ENM, 2018, notes personnelles.

235 Selon Cyprien GEZE, Directeur Commercial de Predictice, « à court terme, nous comptons déployer Predictice auprès des assureurs de protection juridique » in « Avec la justice prédictive, l'assuré peut trouver une réponse précise en quelques secondes », [lassuranceenmouvement.com](http://www.lassuranceenmouvement.com), <http://www.lassuranceenmouvement.com/2017/11/16/avec-la-justice-predictive-lassure-peut-trouver-une-reponse-precise-en-quelques-secondes/>, consulté le 06 juin 2018.

236 VILLANI C. (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, Rapport au Premier ministre, 8 mars 2018, p. 143.

237 BOIZART M., « La valorisation des données numériques par la protection juridique des algorithmes », *Dalloz IP/IT* 2018, n° 2, p. 99.

238 POLLAUD-DULIAN F., « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Éléments d'appréciation », *RTD com.* 2013, p. 708 ; note sous C. cass., Civ. 1^e, 14 novembre 2013, n° 12-20.687.

239 Art. L.112-2 CPI, issu de la loi n° 85-660 du 3 juill. 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle mod. par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994 prise en application de la directive communautaire 91/250/CEE du 14 mai 1991.

240 Cass., ass. plén., 7 mars 1986, dit « *Pachot* », n° 84-93.509.

effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante », dès lors que « la matérialisation de cet effort résid[e] dans une structure individualisée ». Elle est difficile à démontrer. Par ailleurs, la protection restera faible car, « dès lors qu'un tiers parviendra à extraire légalement l'algorithme d'un logiciel, et quand bien même ce logiciel serait protégé par le droit d'auteur, il sera libre de réutiliser cet algorithme »²⁴¹.

Une autre protection, qui pourrait être plus efficace, est le brevet. Le brevetage d'un algorithme n'est toutefois admis qu'indirectement. L'Office européen des brevets valide les demandes qui lui sont faites sous deux conditions : que l'algorithme soit associé à une invention et qu'il lui apporte « un effet technique supplémentaire »²⁴². Le principal défaut des brevets est leur caractère public, l'invention étant alors portée à la connaissance des concurrents²⁴³.

Le secret des affaires est un autre moyen de protection, sans doute le plus adapté et d'ailleurs utilisé aux États-Unis²⁴⁴. Il nous intéressera à présent.

L'algorithme serait assimilé à un savoir-faire, que l'on peut « caractériser comme un ensemble d'idées substantiellement utiles, constitutives d'un ensemble suffisamment original et non divulgué, et dont la mise en œuvre est avantageuse pour celui qui le détient »²⁴⁵. Celui-ci est protégé par le droit commun de la responsabilité civile, contractuel et extracontractuel²⁴⁶. Cependant, un nouveau cadre juridique propre au secret d'affaires est apparu récemment avec la directive UE n° 2016/943 du 8 juin 2016²⁴⁷. Selon son article 2.1), qui protège les informations dont les caractéristiques sont les suivantes :

- « elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,
- elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,
- elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. »

241 SCHULER M. et ZNATY B., « Quelle protection juridique pour l'algorithme ? », in *La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, INPI, p. 44.

242 BOIZART M., « La valorisation des données numériques par la protection juridique des algorithmes », *Dalloz IP/IT* 2018, n° 2, p. 100.

243 En vertu des articles L.611-1 et L.612-21 du Code de la propriété intellectuelle.

244 V *supra* et l'affaire LOOMIS.

245 TESTU F.-X., « Responsabilité civile et propriété des idées en matière de brevets et de savoir-faire », *RCA* 2017, n° 5, p. 43.

246 *Ibid.*

247 Directive UE n° 2016/943 du 8 juin 2016 *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*.

Ces différentes conditions semblent s'appliquer en l'espèce. La difficulté vient en réalité de la charge de la preuve en cas de conflit. En effet, « la victime devra apporter la preuve de cette obtention illicite et non pas seulement celle de l'utilisation des informations par le tiers. [...] Pareille condition [...] risque de réduire l'effectivité de la protection des algorithmes et d'affaiblir l'utilisation pratique de la violation du secret des affaires »²⁴⁸.

A côté du problème de l'opacité posé par les algorithmes prédictifs, se pose la question essentielle de la vie privée des justiciables, question au cœur de l'actualité.

2. Le risque d'atteinte à la vie privée des justiciables

Si la protection des données personnelles, notamment sur Internet, est une problématique relativement ancienne²⁴⁹, elle a pris de l'ampleur jusqu'à aujourd'hui : il suffit de songer, il y a quelques mois, au scandale Facebook et Cambridge Analytica. Suite aux enquêtes du « New York Times » et du « Guardian », il est apparu que l'entreprise Cambridge Analytica a pu obtenir du réseau social Facebook les données de 50 millions d'utilisateurs, transmises sans leur consentement. Ces informations ont permis à l'équipe du candidat Donald TRUMP de mieux cibler les publicités à visée électorale en fonction du profil des électeurs.²⁵⁰

Cette prise de conscience, s'est récemment traduite par le règlement européen n° 2016/679 du 27 avril 2016 dit « RGPD », entré en vigueur le 24 mai 2018²⁵¹. Pour être en conformité avec ce règlement, des adaptations du droit interne se sont révélées nécessaires. C'est pourquoi un projet de loi a été définitivement adopté le 14 mai 2018 par l'Assemblée Nationale²⁵². Ce règlement instaure un cadre plus protecteur qu'auparavant²⁵³, contenant de nouveaux principes quant au traitement des données personnelles, que sont la loyauté et la transparence²⁵⁴. Ces données personnelles, dans le

248 BOIZART M., « La valorisation des données numériques par la protection juridique des algorithmes », *Dalloz IP/IT* 2018, n° 2, p. 102.

249 V. not. l'article fondateur : LESSIG L., « Code is law. On liberty in Cyberspace », *Harvard magazine*, 01 janv. 2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>.

250 MOUTOT A., « Affaire Cambridge Analytica : Zuckerberg reconnaît « des erreurs » », *lesechos.fr*, 21 mars 2018.

251 Règlement (UE) n° 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 (règlement général sur la protection des données)*.

252 Compte-rendu intégral de la séance du 14 mai 2018, legifrance.gouv.fr.

253 ROZENFELD S., « Adrien Basdevant : Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *Expertises* 2018, n° 434, p. 134.

254 Art. 5, 1°, a) du règlement (UE) n° 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*

cadre des algorithmes prédictifs, sont les différentes informations contenues dans le jugement.

Parce que ce risque d'atteinte à la vie privée créé par la mise en *open data* de la grande majorité des décisions de première instance dans les domaines judiciaires et administratifs est accessoire à la justice prédictive (puisque l'un des éléments permettant sa mise en œuvre effective), nous ne nous y attarderons pas excessivement, ce qui pourrait occuper une étude à elle seule. Cependant, le débat le concernant est crucial et a fait l'objet de l'important rapport dit « CADIET » déjà cité²⁵⁵, c'est pourquoi nous en rappellerons les éléments essentiels.

La difficulté en l'espèce est la confrontation de la publicité de la procédure de justice, garantie par la CESDH, au respect de la vie privée²⁵⁶. La publicité de la justice se scinde en deux parties. La première est la question de la publicité des débats²⁵⁷, dont la protection par la CESDH est confirmée par le droit national²⁵⁸, qui est une question annexe ici. Elle est également relative à la publicité du jugement²⁵⁹, qui est le problème central en l'espèce. Le prononcé n'a pas à être réalisé publiquement, mais doit être accessible au public, par exemple par le dépôt au greffe²⁶⁰, comme en dispose l'article 450 al. 2 du Code de procédure civile. Le Conseil d'État a pris une décision équivalente dans le cadre du contentieux administratif²⁶¹. L'objectif est « le contrôle du pouvoir judiciaire par le public »²⁶².

Or, et ceci a été envisagé dès 2001 par la CNIL, le développement des nouvelles technologies a pour conséquence pour les parties que l'ensemble des données présentes dans le jugement soient accessibles depuis un simple moteur de recherche. Il serait donc possible de savoir le passé judiciaire de tout individu.²⁶³ C'est en raison de cette recommandation de la CNIL que « pour l'instant les décisions de justice publiées dans les revues sur support papier ne sont pas systématiquement anonymisées, alors que celles qui le sont sur internet le sont »²⁶⁴. Si une telle

circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

255 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017.

256 BELLESCIZE, R. (DE), « Faut-il légiférer sur l'anonymisation des décisions de justice ? », *LPA* 2006, n° 188, p. 3.

257 Art. 6§1 CESDH selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable ».

258 Pour ce qui nous concerne, voir l'article 22 du Code de procédure civile et l'article L.10 du Code de justice administrative.

259 Art. 6§1 CESDH selon lequel « Le jugement doit être rendu publiquement ».

260 Cour EDH, 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*, n° 7984/77, § 27.

261 CE 12 oct. 2009, *M. Petit*, n° 311641 : « l'exigence de publicité qui découle de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales peut être satisfaite, soit par l'initiative d'une telle lecture, soit par tout autre moyen approprié assurant l'accès au texte de la décision, en particulier par sa consultation au greffe de la juridiction qui l'a prononcée ».

262 Cour EDH, 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*, § 27.

263 CNIL, Délibération n°01-057 du 29 novembre 2001, *portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence*.

264 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *op. cit.*, p. 1063, n° 420-2.

décision a pu être prise alors que n'étaient concernées que les décisions de la Cour de cassation, du Conseil d'État et d'une petite partie des décisions du fond, la question sera d'autant plus cruciale avec la mise à disposition de l'essentiel des décisions civiles et des décisions de contentieux administratif. L'une des difficultés aujourd'hui réside non seulement dans l'anonymisation automatisée, mais plus encore dans les risques de laisser des « informations indirectement nominatives »²⁶⁵, telle que l'adresse de la partie, surtout lorsque les nouvelles techniques de recoupement de données permettent d'identifier presque tout le monde, par assemblages d'informations apparemment anodines recueillies depuis diverses sources²⁶⁶.

C'est pourquoi le rapport dit « CADIET » recommande la pseudonymisation des décisions de justice, pour toutes les personnes physiques citées dans celles-ci, pilotée par les juridictions suprêmes et sous le regard de la CNIL²⁶⁷. La pseudonymisation est plus large que la simple anonymisation et peut être définie comme un « traitement de données à caractère personnel réalisé de sorte que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne physique sans avoir recours à des informations supplémentaires »²⁶⁸. Cette position semble raisonnable, bien que certains soient en désaccord, comme l'ancien bâtonnier de Paris, Maître Jean-Marie BURGUBURU, qui considère que si la justice est censée être rendue publiquement, alors les parties qui y recourent acceptent cette publicité²⁶⁹.

Si le rapport émet des recommandations strictes relativement aux parties à la procédure, il ne tranche pas la question de l'anonymisation des professionnels de justice²⁷⁰. Si ce n'était pas le cas, les conséquences pourraient être importantes, non pas simplement parce que leur nom serait révélé, mais pour les informations que pourraient en tirer la machine et ceux qui les utilisent.

II. Les dangers tirés des conséquences de l'utilisation des instruments de justice prédictive

Le développement des instruments de justice prédictive pourrait s'avérer dangereux pour les professionnels du droit (A) voire pour le droit lui-même (B).

265 BELLESCIZE, R. (DE), *op. cit.*, p. 9.

266 ROZENFELD S., « Adrien Basdevant : Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *Expertises*, 2018, n° 434, p. 136.

267 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 12.

268 *Ibid.*, p. 15.

269 Intervention dans la salle lors du colloque précité du 12 février 2018.

270 CADIET L. (dir.), *op. cit.*, p. 12.

A. Un danger pour les professionnels du droit

Ces dangers touchent à la fois le juge (1) et l'avocat (2), sans doute dans une moindre mesure.

1. Pour le juge

L'opportunité de l'anonymisation du nom des juges dans les décisions de justice diffusées en accès libre est discutée (a) mais reste porteuse de dangers dans l'emploi de leur nom par la justice prédictive (b). En outre, la justice prédictive aura une incidence probablement importante sur la motivation des décisions de justice, ce qui pourrait être problématique (c).

a. L'emploi de son nom dans le cadre de l'analyse des décisions en *open data*

L'article L.10 du Code de justice administrative et l'article L.111-13 du Code de l'organisation judiciaire ont tous deux été modifiés par les articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique mais ne précisent rien sur la publication ou non du nom des magistrats dans le cadre de la diffusion des décisions de justice en *open data*. Il en est de même des travaux parlementaires²⁷¹. Il faudra donc tenter de recourir à l'interprétation des articles 20 et 21 de cette loi.

Ils précisent que doit être respectée « la vie privée des personnes concernées », ce qui ne saurait s'appliquer aux professionnels de justice et qui relève des remarques précédemment formulées. En revanche, l'alinéa suivant énonce que la « mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes ». Cet alinéa devrait permettre d'intégrer l'anonymisation des professionnels de justice²⁷².

Le débat est lancé mais non tranché. Une proposition de loi n° 641 du 18 juillet 2017 d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice prévoit ainsi, en son article 6, que les modalités de la mise à disposition du public instituées par les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique « préviennent tout risque de ré-identification des magistrats, des greffiers, des avocats, des parties et de toutes les personnes citées dans les décisions ». Lors

²⁷¹ *Ibid.*, p. 43.

²⁷² Contribution de Mme Nathalie MALLET-POUJOL in CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 200.

l'adoption du texte en première lecture par le Sénat, la Garde des Sceaux s'est dite favorable à sa mise en place sous réserve des conclusions du rapport dit « CADIET »²⁷³, qui n'a pas non plus émis d'avis définitif. En effet, concernant le nom des magistrats, le premier président de la Cour de cassation, la Conférence nationale des premiers présidents de cours d'appel et le Conseil national des barreaux sont défavorables à l'anonymisation²⁷⁴, essentiellement parce que la justice est rendue au nom du peuple français²⁷⁵ mais également pour l'utilité des informations que pourraient apporter les instruments de justice prédictive. En revanche, « la majorité des magistrats est pour l'anonymisation, les greffiers également »²⁷⁶, tout comme le vice-président du Conseil d'État, la Conférence nationale des procureurs généraux près les cours d'appel et la Conférence nationale des procureurs de la République²⁷⁷. Les motifs de cette réticence feront l'objet des prochains développements.

De façon préliminaire, il faut rappeler que c'est justement parce que la justice est rendue au nom du peuple français et non pas de façon personnelle que la diffusion du nom du magistrat n'est pas nécessaire²⁷⁸. Ensuite, si l'intérêt de la diffusion des décisions de justice est une meilleure information des justiciables, notamment *via* la justice prédictive, le nom des magistrats ne porte en lui-même aucun intérêt, ce qui n'est pas le cas de la formation du tribunal par exemple.²⁷⁹

Mais c'est dans l'utilisation des noms des magistrats par la justice prédictive que résident les véritables dangers.

b. Le risque d'atteinte à leur impartialité

Si le juge est nommé, alors les algorithmes pourraient rassembler et analyser l'ensemble de sa jurisprudence, ce qui pourrait permettre la remise en cause de son impartialité. Il faudra comprendre en quoi consiste cette impartialité pour en tirer des conclusions dans son rapport à la justice prédictive.

La Cour EDH reconnaît l'impartialité subjective et l'impartialité objective. « Si

273 Compte rendu analytique de la séance au Sénat du 24 octobre 2017, legifrance.gouv.fr.

274 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 46.

275 Art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire.

276 Selon Jacques BIGOT, rapporteur du texte, compte rendu analytique de la séance au Sénat du 24 octobre 2017, legifrance.gouv.fr.

277 CADIET L. (dir.), *op. cit.*, p. 48 et 49.

278 *Ibid.*, p. 47.

279 *Ibid.*

l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »²⁸⁰. Cette distinction est contestée, d'autres auteurs²⁸¹, sur la base des écrits du Professeur Renée KOERING-JOULIN²⁸², lui préfèrent la distinction entre impartialité fonctionnelle et impartialité personnelle. Nous garderons cette dernière distinction dont la dénomination nous semble plus claire.

L'impartialité fonctionnelle repose sur des considérations « extérieures » au magistrat. Elle se fonde principalement sur le principe de la séparation des fonctions. Elle est centrée sur « les conditions procédurales, organiques ou fonctionnelles dans lesquelles il a rempli sa fonction qui l'amènent inéluctablement à la partialité. »²⁸³ Quelle que soit la personne du magistrat, quelles que soient ses idées, son parcours procédural remet en cause sa partialité, ou du moins en donne-t-il l'apparence. Ainsi, si un juge des enfants a, après instruction, renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants, il ne peut par la suite présider cette juridiction sans porter atteinte au principe d'impartialité²⁸⁴.

Au contraire, l'impartialité personnelle, « présumée jusqu'à preuve du contraire »²⁸⁵, correspond à l'absence de préjugés, de convictions personnelles du juge, contre lesquels le justiciable doit être protégé²⁸⁶.

La justice prédictive correspond à une forme de préjugement, les algorithmes déterminant la ou les solutions probables du litige. Ce préjugement est extérieur à la fonction du magistrat ou à la procédure juridictionnelle et n'est donc problématique relativement à l'impartialité fonctionnelle. En revanche, ce préjugement, quand il prend en compte l'ensemble de la jurisprudence, pourra se transformer en préjugé. Il s'agit là d'un problème fondamental qui sera traité ultérieurement. Ce qui nous intéresse ici, est la justice prédictive lorsqu'elle se base sur l'ensemble des décisions prises par un seul juge spécifiquement déterminé.

En pratique, la preuve de la partialité personnelle du magistrat « est très difficile à rapporter car il est presque impossible de déterminer l'opinion de tel juge dans son for personnel »²⁸⁷. Cela

280 Cour EDH, 01 oct. 1982, *PIERSACK c. Belgique*, n° 8692/79, § 30.

281 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *op. cit.*, p. 916 et s.

282 KOERING-JOULIN R., « Le juge impartial », *Justices* 1998, n° 10, p. 2 et s.

283 OUDOUL A., *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la convention EDH.*, thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2016, dir. A. Darsonville, p. 16.

284 Cons. const., déc. 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC.

285 OUDOUL A., *op. cit.*, p. 13.

286 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *op. cit.*, n° 363, p. 917.

287 VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1098.

arrive parfois néanmoins²⁸⁸.

Avec les outils de justice prédictive, il deviendrait possible de démontrer cette partialité, ou, plus justement, l'apparence de cette partialité. De façon générale, si le nom du juge restait apparent, il serait alors possible de comparer sa jurisprudence à celle des autres prise globalement, et de lui reprocher des écarts par rapport à la norme (qu'ils soient justifiés ou non), surtout s'ils sont importants. Les parties pourraient arguer de sa partialité « par exemple dans le contentieux locatif, à partir d'une analyse actuarielle et sémantique de toutes les décisions rendues par tel juge depuis sa nomination, que celui-ci a donné raison au bailleur dans 90 % des cas qu'il a jugé »²⁸⁹.

Ces remises en cause de leur impartialité pourraient avoir de nombreuses conséquences.

Tout d'abord, cela pourrait conduire à un « phénomène massif de récusations »²⁹⁰.

Ensuite, du fait de la richesse des informations obtenues « 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 »²⁹¹.

Dans le même ordre d'idée, a été soulevé le risque pour la sécurité des magistrats²⁹², mais aussi des personnels de greffe²⁹³. Les contentieux sensibles, soit parce qu'ils sont liés à la criminalité organisée et au terrorisme, soit parce qu'ils ont une forte résonance politique, comme l'éloignement des étrangers, seraient particulièrement propices à de tels débordements.

Ces risques sont donc importants et nombreux. Or, il est nécessaire de mettre ces dangers en relation avec les avantages, pour la justice prédictive, d'une non-anonymisation. Il a été mis en avant que dans le contentieux de l'éloignement des étrangers, les calculs algorithmiques prédisaient la solution avec une pertinence de 89,5 % avec le nom du président. Lorsque ce nom était retiré des paramètres du calcul, cette capacité de prédiction ne tombait qu'à 89 %²⁹⁴. Autant dire son utilité est quasi-nulle. Cette analyse est partagée par l'avocat et *data-scientist* Michaël BENESTY. Selon lui,

288 V. par ex. : Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 04-20.5241, cassant une décision contenant des propos injurieux, notamment « Mme X... dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que la surface habitable de sa caravane ».

289 VIGNEAU V., *op. cit.*, p. 1099.

290 CADIET L. (dir.), *op. cit.*, p. 48.

291 Contribution de M. David MELISON et Mme Pascale LOUE WILLIAUME pour l'USM, in CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 99.

292 CADIET L. (dir.), *op. cit.*, p. 48.

293 *Ibid.*, p. 51.

294 Intervention de Monsieur Antoine LOUVARIS lors du colloque du 12 février 2018 précité.

« cela ne présente aucune utilité technique et n'apporte rien, hormis faire courir des risques de pressions à l'égard des magistrats. »²⁹⁵

De façon partiellement liée à la remise en cause potentielle de l'impartialité des magistrats du siège, la justice prédictive devrait entraîner des difficultés dans la motivation des décisions de justice.

c. Les difficultés liées à la motivation des décisions

La motivation des décisions de justice est obligatoire²⁹⁶. Elle a pour objectif essentiel d'apporter aux parties le raisonnement du juge et donc de permettre son contrôle et d'éviter l'arbitraire. Cette motivation est basée sur le syllogisme juridique. Le droit est énoncé, les faits sont qualifiés en fonction de celui-ci et permettent au juge d'énoncer la solution. Cette logique implacable laisse apparaître la « fiction légicentriste » selon laquelle le juge n'est que la bouche de la loi. « Il n'est que juridiction - *juris-dictio* - il dit le droit. »²⁹⁷

Cette fiction pourrait disparaître. C'est ainsi que pour Monsieur Antoine GARAPON, « la justice prédictive fait effondrer le mythe d'une loi impartiale et aveugle, de juges « bouches de la loi » »²⁹⁸. D'abord, le juge pourrait avoir à justifier de son histoire personnelle qui justifierait l'écart de la jurisprudence par rapport à la norme. Il s'agirait alors « de vérifier, dans le parcours individuel (intellectuel, politique), les présupposés ou les structures idéologiques qui présidaient au discours. On pourrait dire, pour parler la langue de Foucault, que l'on interrogeait l'*épistémè* personnel de l'orateur »²⁹⁹. Ce qui est mis en danger est donc ce mythe, cet idéal du juge totalement extérieur à toute considération politique ou à sa propre histoire. Si chacun se doute que les juges sont des êtres humains, la justice prédictive pourrait permettre de le démontrer. Cette preuve remettrait alors en cause la force de la motivation de justice. Cette réalité est cependant déjà prise en compte par les avocats, qui dans leurs plaidoiries tentent de convaincre le juge non seulement en droit, mais aussi en fait. « La dialectique a suffisamment de champ d'action », comme l'a écrit SCHOPENHAUER, pour permettre à un cas traité et une loi qui ne vont pas ensemble d'être jugés concordants si le

295 Contribution de Michaël BENESTY pour l'association *Open law*, in CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 86.

296 Art. 455 du Code de procédure civile.

297 AUGAGNEUR L.-M., « D'où jugez-vous, Un paradoxe entre justice prédictive et réforme de la motivation des décisions », *JCP G* 2018, n° 13, p. 584.

298 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 49.

299 AUGAGNEUR L.-M., *op. cit.*, p. 583.

magistrat le souhaite³⁰⁰.

Seconde difficulté, plus pratique, le juge a le devoir de répondre aux demandes des parties et à leurs moyens pertinents³⁰¹. Si une partie venait à présenter parmi ses moyens que 95 % des décisions rendues dans des situations similaires lui seraient favorables, il serait selon nous difficile pour le juge de l'écarter au motif que ce moyen n'est pas pertinent. A défaut, il devrait alors avoir à justifier de son utilisation (ou non) des indications données par la machine, ce qui pourrait s'avérer délicat.

Aux côtés des juges, les avocats sont également mis en danger par le développement de la justice prédictive.

2. Pour l'avocat

Plusieurs éléments seront susceptibles de toucher la profession d'avocat et de conduire à certaines dérives.

En premier lieu, ils sont aussi touchés par la question de l'absence d'anonymisation du nom des auxiliaires de justice. Malgré le fait que le Conseil national des barreaux soit défavorable à l'anonymisation³⁰², il nous semble que l'absence d'anonymisation pourrait poser difficulté. En particulier, il serait possible pour les outils de justice prédictive de calculer le taux de gain des procès de chaque avocat dans leur mission de représentation des parties. Ces statistiques de performance pourraient inciter les avocats à sélectionner les affaires les plus susceptibles de recevoir gain de cause, au détriment du justiciable³⁰³. Il faut cependant remarquer que la notation des avocats est un processus déjà largement en cours et validé par la Cour de cassation³⁰⁴. Point favorable à cette diffusion, l'absence d'anonymisation serait une forme de publicité indirecte³⁰⁵.

En second lieu, même si les plus pessimistes ne voient pas dans la justice prédictive la fin annoncée de la profession d'avocats, il apparaît que leur nombre pourrait s'amenuiser. Les effets les plus forts à court terme viendraient de l'abaissement du besoin d'analyse de documents et de

300 SCHOPENHAUER A., *L'art d'avoir toujours raison*, Mille et une nuits, 2006, spéc. p. 53.

301 TOURNIER R., « Les techniques de motivation des décisions de justice », *RLDC* 2012, n° 89, p.80.

302 CADIET L., *op. cit.*, p. 52.

303 *Ibid.*

304 G'SELL F., « Vers la généralisation de l'évaluation en ligne des avocats ? », *JCP G* 2017, n° 27, p. 1301 ; note ss C. cass., Civ. 1^e, 11 mai 2017, n° 16-13.669.

305 Compte rendu analytique de la séance au Sénat du 24 octobre 2017, legifrance.gouv.fr.

rédactions d'actes, plus aisément effectués par la machine³⁰⁶. La justice prédictive ici n'a qu'un faible rôle à jouer. En revanche, avec un impact encore difficile à évaluer, la justice prédictive devrait conduire au large développement des modes alternatifs de règlement des litiges. Si pour les litiges complexes, l'avocat restera nécessaire³⁰⁷, d'autres acteurs devraient les remplacer dans le cadre des contentieux de masse, ou en tout cas des litiges simples. Les premiers acteurs qui viendront gérer le contentieux de masse seront les services de traitement en ligne des litiges³⁰⁸. Cependant, ces services agiront essentiellement dans les petits litiges du e-commerce, dans lesquels il n'est pas nécessairement intéressant de recourir à un avocat. Ils ne viendraient donc pas remplacer les avocats³⁰⁹. En réalité, estimer à l'heure actuelle l'impact de la justice prédictive sur le volume de travail à effectuer par les avocats est extrêmement difficile et incertain³¹⁰. Cette question n'est d'ailleurs pas traitée par le rapport de Monsieur Kami HAERI sur l'avenir de la profession d'avocat³¹¹. En fait, la question n'est pas spécifique à la profession d'avocat mais à l'ensemble des emplois qui pourraient à terme être automatisés³¹².

Il est plus évident en revanche que la justice prédictive transformera le contenu du travail de l'avocat. D'abord parce que la pluridisciplinarité appartient nécessairement à son futur³¹³, et que celui-ci devra se former sur l'utilisation des nouvelles techniques³¹⁴. Ensuite, parce que, comme la justice prédictive est une technique onéreuse, elle sera soit réservée aux plus gros cabinets³¹⁵, soit conduira au rassemblement des avocats dans de plus grosses structures pour des économies d'échelle. Quoi qu'il en soit, la justice prédictive est sans aucun doute la marque d'une transformation de la profession vers une logique beaucoup plus entrepreneuriale³¹⁶, bien que l'ascendant des avocats d'affaires sur le reste de la profession soit déjà acté avec une « importante montée en puissance économique au cours des deux dernières décennies »³¹⁷. La justice prédictive et les *legaltech* en général devraient donc accroître la concurrence dans cette profession³¹⁸. Or, il ne faut pas oublier que selon certains auteurs, lorsque l'enjeu pour le professionnel est le maintien de

306 V. *supra*.

307 V. *supra* et le cas de *Lex Machina*.

308 CHASSAGNARD-PINET S., « Le e-règlement amiable des différends », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 506 et s.

309 REMUS D. et LEVY F., « Can robots be lawyers ? », *SSRN*, 27 nov. 2016, p. 43.

310 *Ibid.*, p. 44.

311 HAERI K., *L'avenir de la profession d'avocat*, rapport au ministère de la Justice, févr. 2017.

312 STIEGLER B., *La société automatique. 1 : L'avenir du travail*, Fayard, 2015.

313 *Ibid.*, p. 118.

314 ROZENFELD S., « Adrien Basdevant : Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *Expertises*, 2018, n° 434, p. 139.

315 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 51.

316 *Ibid.*, p. 48.

317 VAUCHEZ A., « L'avocat d'affaires : un professionnel de la classe dirigeante ? », *Savoir/Agir*, vol. 19, 2012, n° 1, p. 39.

318 HAERI K., *op. cit.*, p. 4.

son existence, il est vain de vouloir maintenir une éthique forte³¹⁹. Cette dégradation est déjà visible dans la mise en concurrence des avocats face aux rédacteurs automatisés d'actes³²⁰.

La justice prédictive est donc un danger pour les professionnels du droit, mais aussi un danger pour le droit.

B. Les dangers pour le droit

La justice prédictive porte en elle un risque fort de normativité, ce qui ne devrait pas être son rôle (1), et pourrait potentiellement atteindre jusqu'à la structure même de notre droit (2).

1. Le risque de normativité de la justice prédictive

La justice prédictive porte en elle un risque de performativité (a), ce qui est préjudiciable sur de nombreux plans (b).

a. Le risque performatif de la justice prédictive

La performativité est un concept créé et théorisé par le philosophe John Langshaw AUSTIN³²¹ et prend probablement sa source dans la théorie des actes sociaux du philosophe et théoricien du droit Adolf REINACH³²². Les performatifs décrits par AUSTIN n'ont pas pour objectif de décrire les faits. Comme le résume le titre de sa conférence, après traduction, l'énoncé est aussi un acte. « Quand dire c'est faire », l'énoncé a une portée performative. Parmi les exemples cités par John AUSTIN dans sa conférence, nous pouvons citer « Je baptise ce vaisseau le Queen Elizabeth ». « Dire « je baptise ce vaisseau... » dans les circonstances appropriées, *c'est* accomplir l'acte de baptiser le bateau. »³²³ Cette performativité s'applique au droit et tout particulièrement à la justice. Le langage juridique accorde une « valeur quasi-magique » aux mots³²⁴. Lorsque le juge

319 GARAPON A., « Le devenir systémique du droit », *JCP G* 2018, n° 21, p. 1019.

320 ATTAL M., « Une nouvelle modification du RIN des avocats: vers une déontologie spécialisée », *Dr. et patri.* 2017, n° 270, p. 24.

321 AUSTIN, J. L., *How to do things with words*, Clarendon Press, 1962, tr. fr. par LANE G., *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, réédition Points-Seuil, 1991.

322 LAUGIER S., « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie* 2004, t. 67, n° 4, p. 607.

323 *Ibid.*, p. 612.

324 GARAPON A., *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, p. 209 et 210.

condamne une personne à une peine, il l'énonce et cet énoncé se traduit en une peine effectivement exécutée par le condamné. De façon générale, nous pouvons considérer que l'ensemble des actes judiciaires écrits sont performatifs³²⁵.

Cette idée de performativité ne correspond pas parfaitement à la justice prédictive. En effet, les solutions présentées par les algorithmes n'ont pas en principe à s'appliquer directement à la situation litigieuse. Ces outils aident principalement ceux qui les interrogent à connaître les probabilités de succès de leur (éventuelle) action et les montants de l'indemnisation qui pourrait être accordée. En fait, cette idée de performativité dans la justice prédictive vient de Monsieur Antoine GARAPON³²⁶.

Pour un sens équivalent, un autre auteur a pu proposer de remplacer la notion de performativité par celle de « prophétie auto-réalisatrice »³²⁷. Cette notion a été créée et théorisée par le sociologue R. K. MERTON en 1948³²⁸ sous le terme de « *self-fulfilling prophecy* », et lui donna la définition suivante : « la prophétie autoréalisatrice est une définition d'abord fautive d'une situation, mais cette définition erronée suscite un nouveau comportement, qui la rend vraie »³²⁹. Dans une conception plus large, « une prophétie autoréalisatrice est une assertion qui induit des comportements de nature à la valider »³³⁰. Ainsi, l'exemple-type est celui de clients d'une banque qui pensant à tort la banque insolvable, vont y retirer leur épargne, mettant alors la banque en faillite.

Selon Monsieur Antoine GARAPON, la justice prédictive pourrait se parer « d'une sorte de normativité seconde, de voir en quelque sorte la norme d'application se substituer à la règle de droit elle-même. »³³¹ Cette substitution interviendrait par une forme de pression de la prédiction, une quasi-obligation à laquelle le juge serait soumis.

Cette dangereuse substitution interviendrait parce que la justice prédictive normalise. Celle-ci apporte des prévisions statistiques sur la résolution du litige. Elle présentera ainsi ce qui apparaît être « la norme » (au sens de « normal », « moyen ») dans telle ou telle situation. Or, « la norme est

325 PIERRE F., *La nature de l'écrit judiciaire devant les juridictions répressives françaises*, Thèse, Aix-Marseille, 2011, p. 256.

326 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 52.

327 CROZE H., « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 175.

328 MERTON R. K., *Éléments de méthode sociologique*, trad. H. Mendras, Plon, 1953.

329 Cité par BENOIT D., « De l'émergence de « nouvelles réalités » : les « prédictions créatrices » », *Revue internationale de psychosociologie* 2007, vol. XIII, n° 29, p. 49.

330 *Ibid.* p.50.

331 *Ibid.*

porteuse [...] d'une prétention de pouvoir. [...] C'est un élément à partir duquel un certain exercice du pouvoir se trouve fondé et légitimé. [...] La norme n'a pas pour fonction d'exclure, de rejeter. Elle est au contraire toujours liée à une technique positive d'intervention et de transformation, à une sorte de projet normatif. »³³² La norme nous invite à la rejoindre. Cette normativité de la norme³³³ est très puissante, notamment dans le milieu médical, où le concept de normalité est utilisé dans un but de santé publique mais aussi pour des activités plus mercantiles³³⁴.

Le même mécanisme serait à l'œuvre avec la justice prédictive. En créant (au moins en apparence) quelque chose de normal, la justice prédictive conduit le juge à s'y conformer, sans prendre de risques³³⁵. C'est en ce qu'a été employé l'expression « d'effet moutonnier »³³⁶. Comme nous l'avons vu, la justice prédictive entraîne également des obligations de motivation pour le juge ou l'avocat qui souhaiteraient s'écarter de la norme et par exemple, opérer un revirement de jurisprudence. Aller à contre-courant devient alors plus difficile³³⁷.

Il s'agit en outre d'un effet qui se renforce lui-même. En prescrivant une conduite, la justice prédictive entraîne une réaction d'obéissance, qui renforce alors l'algorithme dans la réalité de son énoncé, qui conduit le juge à le suivre, etc. « La matérialisation de l'effet performatif est exponentielle »³³⁸.

La justice prédictive, dans sa fonction d'aide à la décision, aurait donc un effet performatif. Cet effet est indirect. L'outil propose une solution et le juge se l'approprie. La justice prédictive n'est donc pas encore étudiée sous l'angle de sa fonction de prise de décision, bien qu'elle s'y apparente. Cet effet performatif ou auto-réalisateur de la justice prédictive est particulièrement dangereux.

b. Les dangers liés à la performativité de la justice prédictive

Comme cela a été très bien écrit, avec la justice prédictive, « le passé a de l'avenir »³³⁹. En effet, si la machine est capable de prédire la décision du juge, c'est en se basant sur les données

332 FOUCAULT M., *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Gallimard, 1999, p. 46.

333 À l'origine, le terme de « normal » vient du latin *norma* qui signifie la règle. Par la suite, a été qualifié de normal ce qui est fréquent, conforme à la moyenne.

334 V. not. GORI R. et DEL VOLGO M.-J., *La santé totalitaire : essai sur la médicalisation de l'existence*, Flammarion, 2009.

335 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 52.

336 *Ibid.*

337 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 239.

338 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 502.

339 VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1095.

accumulées par le passé. Un tel mode de fonctionnement comporte deux problèmes majeurs liés l'un à l'autre.

Le premier est qu'en reproduisant le passé, on reproduit également ses défauts. Ainsi par exemple, « les Afro-Américains sont déjà condamnés à des peines plus longues en moyenne de 20 % que les Blancs »³⁴⁰. Or, en fixant le présent, la justice prédictive ne va faire que reproduire ces inégalités.

En fait, plus que de reproduire le passé, le problème de la justice prédictive est qu'elle interdit l'avenir. Si la solution établie par la machine est basée sur les décisions passées, elles n'auront évidemment pas pour vocation d'évoluer.

L'on peut aussi considérer que la performativité de la justice prédictive remet en cause l'autonomie du juge, ici dans sa mise en relation avec les autres magistrats. La Cour EDH protège le juge contre les influences internes au pouvoir judiciaire³⁴¹. La théorie de l'apparence s'applique d'ailleurs en ce cas³⁴². « De cette conception de l'indépendance, il ressortit que le juge n'est jamais tenu de suivre la décision prise par l'un de ses collègues : aucun précédent n'est impératif. L'effet performatif des algorithmes d'aide à la décision risque pourtant de conduire à remettre en cause la relativité de la force contraignante de la jurisprudence. »³⁴³

Enfin, la norme énoncée par les algorithmes ne peut évidemment être confondue avec la loi aujourd'hui en application. Basée simplement sur les faits, la jurisprudence et les mathématiques, ces nouvelles normes porteraient atteinte à la structure de notre droit.

2. Le risque d'atteinte à la structure de notre Droit

La justice prédictive donne une place essentielle aux faits du litige (a) et à la jurisprudence (b), ce qui pose difficulté si son effet performatif était avéré, en aboutissant à une transformation du contenu de la norme.

340 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 52.

341 Cour EDH, 6 oct. 2011, n° 23465/03, *Agrokompleks c/ Ukraine*, § 139.

342 Cour EDH, 9 nov. 2006, n° 65411/01, *Sacilor Lorminesc/ France*, § 59.

343 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 502.

a. La factualisation du droit

Il a été soutenu que la justice prédictive devrait conduire à un meilleur accès au droit³⁴⁴. Par un processus de simplification (apparent), les faits donnent accès à la solution, une forme de « justice bouton » selon l'expression du premier président Xavier RONSIN³⁴⁵. Plus besoin de complexes recherches de textes ou de jurisprudences applicables au cas, tout est traité par la machine. Au contraire, il est possible d'y voir un « immense retour en arrière »³⁴⁶, à rebours de l'alphabétisation de la population, le fonctionnement algorithmique échappant au citoyen et au professionnel. Est-ce vraiment au droit auquel la justice prédictive donne accès ?

Cette transformation se comprend au travers du récent concept de « factualisation du droit »³⁴⁷. Il reflète l'idée que la machine ne peut reproduire le raisonnement du juriste (mais peut-être peut-il apprendre à faire semblant³⁴⁸) et devra donc passer directement des faits au résultat juridique présent dans le dispositif du jugement. Les facteurs pris en compte par la machine sont simplement des faits, tels que l'âge, les revenus, l'ancienneté dans l'entreprise, etc. Ce sont les seules données à intégrer pour que l'algorithme propose une solution. Ce mode de fonctionnement, même s'il ne devait s'agir que d'une illusion, pourrait peu à peu transformer le regard du justiciable citoyen sur le droit. Après tout, en aurions-nous encore vraiment besoin ?

Le droit n'aurait donc plus qu'à disparaître (la jurisprudence actuelle devenant alors de fait une loi immuable). Les auteurs ne soutiennent pas ce point de vue de façon aussi tranchée. Dans une conclusion mesurée, Monsieur Hervé CROZE considère que « le risque n'est pas tant que le droit se dissolve dans le fait, mais plutôt que le marché du droit échappe aux juristes. »³⁴⁹ Le droit passerait du côté de la technique, où le droit perdrait son caractère symbolique pour devenir variable.

En réalité, la factualisation du droit est la partie visible d'un mouvement plus profond, que constitue la fin progressive de la généralité de la loi au profit d'une loi personnalisée³⁵⁰. Selon le philosophe Norberto BOBBIO, cette personnalisation, ce traitement différencié selon chaque

344 V. par ex. : Intervention de Monsieur Jean-Marc SAUVE, Vice Président du Conseil d'État, lors du colloque précité du 12 février 2018.

345 COUSTET T., « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », *Dalloz actu.*, 16 oct. 2017.

346 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 263.

347 CROZE H., « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 174 puis JEULAND E., « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 2, 2017, dossier 9.

348 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 499.

349 CROZE H., *ibid.*, p. 175.

350 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 246.

individu, seraient même un « idéal »³⁵¹. Notre droit contemporain se caractérise d'ailleurs par un véritable « pullulement » des codes³⁵² et plus généralement des règles spéciales³⁵³. Le numérique permet une régulation fine des conduites. Ainsi, la vitesse maximum autorisée pourrait varier en fonction de la météo ou de la densité du trafic. Par ce biais, « le fait risque de vaincre la fiction, et c'est le droit qui perdra ; et avec lui, nos garanties »³⁵⁴. Pour résumer, ces éléments permettent de constater une inversion : la norme n'est plus du côté du sujet, qui obéit, mais des nouveaux donneurs d'ordre que sont les assurances et les programmeurs³⁵⁵.

Plus largement encore, ce mouvement s'intègre dans celui de l'« hyper-synchronisation » permise par les algorithmes³⁵⁶, une sorte de « normalisation du temps ». « Un temps et un espace surhumanisés correspondraient au fonctionnement idéalement synchrone de tous les individus spécialisés dans sa fonction et son espace, [...] une société [...] où l'individu n'existe que comme cellule »³⁵⁷.

Cette volonté d'optimisation et de primauté donnée aux faits se retrouve par ailleurs dans le risque de développement du *forum shopping*. Certes, les *quanta* d'indemnisation seraient aplanis, mais le droit n'est pas que pécuniaire... Grâce à la justice prédictive, il devient possible de savoir quelles sont les juridictions, et même les juges nominativement (s'il n'y a pas anonymisation) sont les plus favorables pour chaque type d'affaire. Les parties seront donc tentées d'optimiser au maximum le lieu ou même le juge qui devra être saisi, dans la limite de l'ordre public appliqué aux compétences matérielles et territoriales des juridictions.

Il y a donc passage du droit au fait. Mais ce passage n'est pas tout à fait immédiat. Au centre de cette transformation se trouve la jurisprudence.

b. La jurisprudence au cœur du droit

La justice prédictive construit ses prédictions sur les décisions juridictionnelles passées. En

351 BOBBIO R., « Des critères pour résoudre les antinomies », in *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 89 s., spéc. p. 97.

352 MOLFESSIS N., « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s.

353 BALAT N., *Essai sur le droit commun*, thèse, Paris II, 2014, dir. M. Grimaldi, spéc. p. 387 s.

354 *Ibid.*, p. 249.

355 *Ibid.*, p. 252.

356 STIEGLER B., *Dans la disruption. Comment ne pas devenir fou ?*, Les liens qui libèrent, 2016.

357 LEROI-GOURHAN A., *Le geste et la parole II. La mémoire et les rythmes*, Albin Michel, 1965, p. 186.

ce sens, ce qui fait droit n'est alors plus la norme générale et impersonnelle initiale mais sa concrétisation dans la bouche du juge. Le syllogisme juridique n'a plus pour majeure la loi (prise au sens large) mais la jurisprudence.

Cette idée est déjà présente dans une conception dite « réaliste » du droit, selon laquelle la procédure, droit autonome, « donne accès au droit »³⁵⁸ et n'est plus le simple prolongement du droit substantiel, « le droit à l'état d'action » comme le pensait DEMOLOMBE³⁵⁹. Cette conception serait d'une certaine façon essentialisée par la justice prédictive, qui effacerait totalement le droit substantiel au fondement de la décision.

Il s'agit d'une remise en cause de notre ordre juridique. « L'ordre juridique est la forme sous-jacente qui donne aux règles de droit leur véritable sens en arbitrant en cas de contradiction entre deux normes à l'intérieur d'un même système juridique, et qui confère aux institutions leur énergie sociale et leur dimension symbolique »³⁶⁰. Selon la conception kelsénienne, il prend la forme d'une pyramide avec à son sommet une *Grundnorm* (norme fondamentale). « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »³⁶¹. La norme fondamentale est représentée dans l'ordre interne français par la Constitution³⁶². Cette idée a déjà largement pu être contestée³⁶³. Avec la justice prédictive, cette pyramide est remise à plat. D'abord parce que la seule norme prise en compte est la jurisprudence comme nous l'avons remarqué, mais aussi parce que notre façon d'envisager la jurisprudence sera elle aussi modifiée.

En effet, est souvent souligné le risque « d'horizontalisation » de la jurisprudence. Tout comme pour les normes écrites, existe une hiérarchie judiciaire. A son sommet, dans le domaine privé, se trouve la Cour de cassation. Elle intervient non seulement pour vérifier la bonne application du droit par les juges du fond, mais aussi pour réguler. Par son rôle d'unification de la jurisprudence nationale, elle assure l'unité du droit national et donc l'égalité des citoyens devant la loi, conformément à l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen³⁶⁴. Le rôle du Conseil d'État est similaire dans le domaine public, bien que la jurisprudence administrative ait

358 GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C., *Procédure civile*, 33^e éd., Dalloz, 2016, p. 22 et 23, n° 30 et 31.

359 DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, éd. Lahure, 1852, n° 338.

360 GARAPON A., « Le devenir systémique du droit », *JCP G*, 2018, n° 21, p. 1016.

361 KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN C., Bruylant-LGDJ, 2^e éd., 1999, n° 35, p. 224.

362 C. cass., Ass. pl., 2 juin 2000, *Mlle FRAISSE*, n° 99-60.274.

363 MONIN M., « La hiérarchie des normes n'existe pas », *D.* 1999, n° 30, Dernière actualité, p. 1.

364 BORE J. et L., *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 1, n° 01.11.

un rôle plus net et sans doute plus facilement accepté dans l'ordre juridique administratif³⁶⁵. Il a cependant pu être noté qu'à l'heure actuelle, la Cour de cassation « revendique son statut de source du droit »³⁶⁶ et « tend à une institutionnalisation [de son] pouvoir normatif »³⁶⁷.

Cette volonté de se considérer comme créateur de norme peut être liée en partie au développement de la justice prédictive et de ce qu'elle représente. En donnant la priorité aux décisions du fond, celle-ci met à bas la hiérarchie judiciaire et la « verticalité » qui la constitue³⁶⁸. La machine ne peut faire de distinction entre la valeur d'un arrêt de première instance, d'appel et de cassation. La seule possibilité serait d'affubler les décisions des juridictions supérieures d'un coefficient, ce qui n'aurait pas beaucoup de sens. En effet, « combien « compte » un arrêt de la Cour de cassation ? Vaut-il trois arrêts de cour d'appel ? Ou bien dix ? Qui eux-mêmes vaudraient cinq jugements de tribunal de grande instance ? »³⁶⁹.

Au fond, la justice prédictive opère une redistribution des rôles dans l'ordre juridique. Le juge, qui doit permettre l'application individualisée d'une norme générale devient au centre du processus de création du droit, ce qui est critiquable³⁷⁰. La logique se rapproche plus sur ce point à celle de *common law*, où le jugement est une véritable source du droit³⁷¹ et s'y applique d'ailleurs plus facilement³⁷².

La justice prédictive engendre donc un certain nombre de transformations qui restent certes encore à prévoir pour le moment, mais largement probables. Cependant, le terme de justice prédictive porte en lui les germes d'une transformation beaucoup plus importante, qui a pu être qualifiée de « dérive »³⁷³. La justice pourrait à terme directement être rendue, au moins dans le contentieux de masse, par les machines, dans un processus de délégation déjà largement perceptible. Autrement dit, si nous avons étudié jusqu'à présent des algorithmes d'aide à la décision, « d'autres caressent l'espoir d'aller jusqu'à automatiser la justice via des algorithmes de **prise** de décision. »³⁷⁴

365 CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrétien, t. 1, 2001, n° 46, p. 28.

366 LANZARA D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, Paris II, 2017, dir. D. Mazeaud, éd. LGDJ, 2017, p. 1, n° 1.

367 *Ibid.*, p.11, n° 15.

368 Intervention de Monsieur Antoine LOUVARIS lors du colloque du 12 février 2018 précité.

369 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.

370 *Ibid.*, p. 535.

371 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *Droit processuel*, 9^e éd., Dalloz, 2017, n° 7, p. 48.

372 Intervention de Monsieur Renaud SALOMON, Avocat Général à la Cour de cassation, au colloque précité du 12 février 2018.

373 VILLANI C. (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, Rapport au Premier ministre, 8 mars 2018, p. 151.

374 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 499.

Chapitre II.

La fonction potentielle de la justice prédictive : la prise de décision

La justice prédictive comme outil d'aide à la décision pourrait conduire, comme nous l'avons étudié, à prendre le pas sur le juge par un procédé indirect et performatif. Il est envisageable que cette logique se poursuive vers un véritable outil de prise de décision de nature, à terme, à remplacer l'humain (Section 2). Cependant, cette dérive n'est que potentielle. Selon l'expression de Monsieur Bruno DONDERO, la justice prédictive est largement fantasmée³⁷⁵. Une analyse des limites à son développement s'avère donc nécessaire (Section 1). Sans l'étude de cette confrontation, les prévisions sur la justice prédictive resteront des prédictions dont l'accomplissement restera plus qu'incertain.

Section I.

Les limites à court terme de prises de décision par la justice prédictive

L'analyse de la doctrine relative à la justice prédictive est souvent catastrophiste, annonçant jusqu'à la fin du droit, au moins tel que nous le connaissons³⁷⁶. Cependant, du point de vue des techniciens, mais aussi de nombreux auteurs, cette prédiction, au sens véritable du terme, ne devrait pas se réaliser. L'avènement d'une justice entièrement algorithmique n'est pas certain. Il sera en tout cas considérablement ralenti par une multiplicité de limites, à la fois techniques (I) et juridiques

375 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.

376 V. par ex. la conclusion de l'article fondamental d'Antoine GARAPON, précité : « la justice prédictive nous fascine, peut-être parce qu'on lui prête le pouvoir de réaliser les rêves les plus vieux du droit : un droit sans l'État, un droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et avec la technique, un droit qui s'applique tout seul et n'a besoin d'aucune administration, ni d'aucun tiers de justice, un droit totalement hors sol et entièrement positif, ne dépendant plus des coutumes ni de la culture, un droit qui coïnciderait totalement avec la science. Mais cette justice serait-elle encore humaine ?, in « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G*, n° 01-02, 2017, doctr. 31, p. 52.

(II).

I. D'importantes limites techniques

Les limites techniques se situent tant au niveau de la compréhension des jugements par la machine (A) que de la compréhension de la machine par ses concepteurs (B).

A. Les limites à la compréhension du langage par la machine

Le langage informatique se ramène, *in fine*, à une suite de 0 et de 1. Le phénomène physique de la parole et le langage alphabétique, qui en découle, sont transformés par la numérisation en signal qui deviendra une suite de nombres³⁷⁷. Il y a donc « passage du physique au sémiotique [...] en congédiant tout ce qui pourrait tendre vers une signification »³⁷⁸. Autrement dit, l'ordinateur ne comprend pas le sens et la sensibilité des mots. Pour simuler leur compréhension, la machine établit des liens corrélatifs complexes entre les mots et leur contexte³⁷⁹.

Ce mode de transformation du langage alphabétique en langage numérique pose une double difficulté. Il rend difficile l'appréhension du jugement pris dans sa globalité mais limite également sa simulation de compréhension du langage alphabétique.

En premier lieu, cette difficulté de la machine à simuler la compréhension du langage pose un problème simple : comment délimiter le début et la fin du jugement ? Cette étape, que l'on appelle le « zonage » ou « bornage » du texte, n'est pas encore pleinement réussie³⁸⁰. Or, cette étape est essentielle dans la numérisation des décisions de justice. Si la machine conserve une part trop réduite ou trop étendue du document, alors les prédictions seront faussées. Il convient également de préciser que le zonage se comprend à la fois pour le texte en général et à l'intérieur même du texte. Il est nécessaire pour la machine d'établir exactement ce qui relève du dispositif pour déterminer les solutions apportées par le juge. Rappelons que ce sont les corrélations entre les termes inclus dans le jugement qui permettent de prévoir le résultat. Ces erreurs sont ainsi de nature à biaiser les résultats présentés par les algorithmes prédictifs, surtout que toutes les décisions de première

377 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 31.

378 *Ibid.*, p. 32.

379 CORD M. *in* Matière à penser, « Les secrets de l'intelligence artificielle », *France culture*, 10 avril 2018.

380 Intervention de Monsieur Dominique PERE, lors du colloque précité du 12 février 2018.

instance sont loin de se ressembler, dans la mesure où elles sont notamment plus ou moins longues. « On pourrait cependant astreindre les juges à rédiger leurs décisions en utilisant des « gabarits » prédéfinis »³⁸¹.

Ensuite, si le cofondateur de Predictice, Louis LARRET-CHAHINE, estime que son logiciel a une compréhension des mots avoisinant les 96 %, ce logiciel « reste en déroute quand un magistrat ose la poésie, un style fleuri ou ironique dans la rédaction. «Un chat dans la gorge» a, par exemple, plongé le robot dans la perplexité »³⁸². Il sera sans doute impossible pour la machine de comprendre un jour la célèbre décision de la cour d'appel de Riom sur la poule et les troubles de voisinage³⁸³. En effet, l'analyse des mots se fait en fonction de leur contexte dans la phrase. Cette analyse doit également se faire en fonction des règles de grammaire, ce qui n'a rien d'évident. Il est encore difficile par exemple pour la machine de comprendre une double négation³⁸⁴. Or, cette mauvaise compréhension entraîne pour le logiciel un contresens susceptible de biaiser ses statistiques.

Enfin, il convient de rappeler que la justice prédictive est d'autant plus efficace que le litige est simple et courant. Or, si quelques millions de décisions de justice seront disponibles chaque année, cela ne permettra pas de couvrir l'ensemble des cas factuels possibles. Plus l'information demandée à la machine sera précise, moins les décisions qui leur seront relatives seront nombreuses et moins l'outil sera fiable. A nouveau, pour pallier cette difficulté, le programmeur se devra de biaiser (de « redresser », comme on le dit dans le domaine des sondages) en appliquant des coefficients plus importants à ce qui est l'élément le plus significatif dans la décision, selon le programmeur. Entre alors une part de subjectif dans la machine³⁸⁵ mais aussi une part d'inexactitude statistique³⁸⁶.

381 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 535, n° 25.

382 BRAFMAN J., « Justice prédictive, l'augure des procédures », *Liberation.fr*, 23 févr. 2017, http://www.liberation.fr/france/2017/02/23/justice-predictive-l-augure-des-procedures_1550628, consulté le 09 juin 2018.

383 Riom, 1ère chambre civile, 7 septembre 1995 : « Attendu que la poule est un animal anodin et stupide, au point que nul n'est encore parvenu à le dresser, pas même un cirque chinois ; que son voisinage comporte beaucoup de silence, quelques tendres gloussements, et des caquètements qui vont du joyeux (ponte d'un oeuf) au serein (dégustation d'un ver de terre) en passant par l'affolé (vue d'un renard) ; que ce paisible voisinage n'a jamais incommodé que ceux qui, pour d'autres motifs, nourrissent du courroux à l'égard des propriétaires de ces gallinacés ; que la cour ne jugera pas que le bateau importune le marin, la farine le boulanger, le violon le chef d'orchestre, et la poule un habitant du lieu-dit la Rochette, village de Sallèdes (402 âmes) dans le département du Puy-de-Dôme. »

384 TELLIER I. et CLAVEL C. *in* La méthode scientifique, « Parlez-vous l'ordinateur ? », *France culture*, 21 mars 2018.

385 V. *supra*.

386 Intervention de Monsieur Dominique PERE, lors du colloque précité du 12 février 2018.

Il est important de noter que ces biais se cumulent, puisque faisant partie d'étapes différentes dans l'analyse des décisions de justice³⁸⁷. La valeur de la prédiction se réduit d'autant.

Au-delà de ces problèmes de compréhension du langage, la compréhension de la machine par ses créateurs est également porteuse de limites fortes.

B. Les limites à la compréhension du *machine learning*

Le fonctionnement du *machine learning* est encore imparfaitement compris, ce qui est un frein à son développement. Le *machine learning*, et surtout sa branche la plus complexe, le *deep learning*, poussent les programmeurs dans leurs retranchements. Ces techniques, parce qu'elles font appel à un niveau de calcul extrêmement élevé, sont très mal comprises, même par leurs concepteurs. En l'état actuel de cette technique, aucun résultat (de façon générale, et pas seulement pour la justice) n'a été démontré mathématiquement³⁸⁸. Même les grands spécialistes sont obligés à un moment ou à un autre de se référer à un aspect « magique » du calcul³⁸⁹.

Un tel constat est de nature à créer le scepticisme chez l'utilisateur de l'outil. Mais surtout, c'est un frein important à l'amélioration de la technique. Il reste encore de nombreuses années d'étude pour pouvoir envisager la possibilité d'utiliser la justice prédictive en remplacement du juge.

Les outils de justice prédictive obtiennent des résultats qui sont déjà convaincants, mais très insuffisants. Pour ne prendre que deux exemples, quatre chercheurs ont réussi à prédire 79 % des décisions de la Cour EDH sur des contentieux relatifs aux articles 3, 6 et 8 de la CESDH³⁹⁰. Une erreur une fois sur cinq ne peut être considérée comme un résultat satisfaisant³⁹¹. Dans le contentieux de l'éloignement des étrangers, un taux de prédiction de 87,2 % a été atteint³⁹². Selon

387 *Ibid.*

388 Intervention de Monsieur Dominique PERE, lors du colloque précité du 12 février 2018.

389 TELLIER I. et CLAVEL C. in La méthode scientifique, « Parlez-vous l'ordinateur ? », *France culture*, 21 mars 2018.

390 ALETRAS N., TSARAPATSANIS D., PREOTIUC-PIETRO D. et LAMPOS V., « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective », *PeerJ Computer Science*, 24 oct. 2016, étude accessible sur <https://peerj.com/articles/cs-93>.

391 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 533, n° 6.

392 BENESTY M., « L'open data et l'open source, des soutiens nécessaires à une justice prédictive fiable ? », *JOAL* 2017, Vol. 5 n° 1.

Monsieur Dominique PERE, il faudra accéder au seuil de 98 % pour pouvoir commencer à prétendre remplacer un juge³⁹³. On pourrait imaginer que les taux de réussite étant déjà relativement hauts, ce seuil pourrait être rapidement atteint. En réalité, à l'image de la fonction logarithmique, plus le pourcentage de réussite sera élevé, plus il sera difficile de l'améliorer. Il serait possible que ce seuil ne puisse être atteint avant plusieurs dizaines d'années³⁹⁴, sans saut technique majeur.

Nous pouvons donc conclure que la justice prédictive est encore loin de pouvoir s'extraire de l'accompagnement humain. Ces limites techniques sont encore renforcées par des limites juridiques.

II. D'importantes limites juridiques

Le développement de la justice prédictive comme outil de prise de décision est largement bridé par un régime juridique protecteur du justiciable et dans les limites de son apport au droit.

A. La protection du justiciable par le droit

Cette protection intervient par le biais d'une législation spécifique relative aux algorithmes (1) mais aussi plus largement par le droit à un procès équitable (2).

1. Un régime juridique des décisions algorithmiques protecteur pour les justiciables

La première protection, qui fait toujours aujourd'hui figure de référence, est la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés³⁹⁵. « Dans les années 70, l'objectif était de reconnaître des droits nouveaux aux citoyens face aux grands systèmes centralisés d'informations dont se dotaient les administrations »³⁹⁶. Pour le moment, la justice prédictive est

393 Intervention de Monsieur Dominique PERE, lors du colloque précité du 12 février 2018.

394 *Ibid.*

395 Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, modifié par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, JO 7 août, p. 14063.

396 FAUVARQUE-COSSON B. et MAXWELL W., « Protection des données personnelles », *D.* 2018, n° 19, p. 1033.

exclue du champ pénal, ce qui aurait pour origine des préoccupations éthiques³⁹⁷. Ceci n'est pas vrai aux États-Unis par exemple, où est mis en place l'*evidence based sentencing*, comme nous l'avons expliqué précédemment.

Cette loi prévoit en son article 10, alinéa 1^{er}, qu'« aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité ». Plus important nous concernant, l'alinéa 2 de ce même article dispose qu'« aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ». Ainsi, la décision doit toujours être prise par un être humain, le traitement automatisé des données ne devant être qu'un appui pour éclairer la décision³⁹⁸. Il est interdit qu'une décision de justice soit basée sur un traitement algorithmique. Il faut remarquer l'extraordinaire longévité de ce texte malgré un contexte propice aux changements³⁹⁹, dont on peut espérer qu'elle se poursuive.

Par ailleurs, cette protection contre des décisions de justice basées sur un pur traitement algorithmique est également l'œuvre de la Cour de cassation, à l'image de la jurisprudence de la Cour suprême du Wisconsin aux États-Unis⁴⁰⁰. En effet, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond ne se fondent pas uniquement sur un barème (qui n'a pas de caractère contraignant) pour évaluer le montant d'une indemnité. Ils ne peuvent renoncer à leur pouvoir souverain d'appréciation⁴⁰¹. A donc été cassé l'arrêt de la cour d'appel « se référant à une table annexée à une circulaire administrative pour se déterminer en fonction du chiffre figurant à cette table, sans procéder à une appréciation concrète de la situation des parties sans la médiation d'une référence à une table prédéterminée »⁴⁰². Il nous semble qu'une telle décision devrait s'appliquer à une décision se basant uniquement sur un outil de justice prédictive, dont les prévisions des montants d'indemnisation s'apparentent à des barèmes.

Enfin, aux termes de l'article 22 du RGPD⁴⁰³, entré en vigueur le 24 mai 2018, « la personne

397 LIBERT M., « Lille: Les avocats testent un logiciel de «justice prédictive» », *20minutes.fr*, 12 févr. 2017, <https://www.20minutes.fr/lille/2012739-20170212-lille-avocats-testent-logiciel-justice-predictive>, consulté le 09 juin 2018.

398 CHASSAGNARD -PINET S., « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, n° 10, p. 498.

399 FAUVARQUE-COSSON B., MAXWELL W., « Protection des données personnelles », *D.*, 2018, p. 1033.

400 Cour suprême du Wisconsin, « *State vs Loomis* », 13 juil. 2016, n°881 N.W.2d 749 (2016), v. *supra*.

401 VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1098.

402 C. cass., Civ. 1^{er}, 23 oct. 2013, n° 12-25.301.

403 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des*

concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Cet article devrait donc interdire le recours à la seule justice prédictive pour toute décision de justice.

Il prévoit néanmoins une exception importante. Cette règle ne s'applique pas si la décision « est autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ». Les droits fondamentaux semblent essentiels dans la protection du justiciable contre des décisions juridictionnelles basées sur un traitement automatisé de données.

2. Une protection générale des justiciables par le droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable est essentiellement tiré de l'article 6§1 de la CESDH. Il est constitué pour résumer d'un triptyque : la garantie d'accès à un tribunal, le droit à une bonne justice (qui recouvre différentes garanties institutionnelles et procédurales) et la garantie de l'exécution de la décision du juge⁴⁰⁴.

Nous montrerons que cette dérive de la justice prédictive peut être contraire au droit à un procès équitable, que ce soit en amont (a) ou au cours du procès (b)⁴⁰⁵.

a. Le recours à la justice prédictive en amont du procès

La justice prédictive utilisée comme outil de prise de décision en amont du procès pourrait porter atteinte au droit d'accès à un tribunal.

Il a pu être défini comme « le droit pour toute personne physique ou morale d'accéder à la

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).

404 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *Droit processuel*, 9^e éd., Dalloz, 2017, p. 544, n° 228.

405 Nous reprenons ici la distinction faite par Madame Scarlett-May FERRIE dans son article « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 498 s.

justice pour y faire valoir ses droits »⁴⁰⁶. Ce droit a été reconnu par la Cour EDH dans son interprétation de l'article 6§1 de la CESDH⁴⁰⁷. Il faut noter cependant « que l'exercice du droit d'accès au juge peut être limité à condition de ne pas porter atteinte à sa substance et de ne pas y porter d'entraves disproportionnées ». A titre d'exemple, il est loisible à l'État d'instaurer des procédures d'examen préalables, relatives aux chances de succès d'un pourvoi, en vertu du devoir de traiter les litiges dans un délai raisonnable⁴⁰⁸.

Dans ce cas, si l'algorithme venait à être utilisé pour rechercher si la demande était recevable ou non, y aurait-il atteinte au procès équitable ? Ce devrait être le cas⁴⁰⁹. En effet, si l'atteinte est bien légitime dans la recherche du respect du devoir de juger dans un délai raisonnable, l'atteinte nous apparaît disproportionnée. Comme nous l'avons vu, les nombreux biais des algorithmes de justice prédictive ne permettent pas de leur accorder une confiance suffisante pour prendre une décision d'une telle importance.

Pour des motifs identiques, il nous semble impossible de recourir à la justice prédictive pour permettre ou non à une partie l'accès à l'aide juridictionnelle. Il convient de rappeler que la procédure d'octroi de l'aide juridictionnelle est soumise à l'article 6§1 lorsqu'elle est déterminante de l'effectivité du droit d'accès à un tribunal⁴¹⁰.

Enfin, la justice prédictive pourrait être utile aux assurances de protection juridique pour décider qu'en dessous d'un taux de chance de gain d'un procès, elles ne couvrent pas l'assuré⁴¹¹. La difficulté est ici que ce n'est pas l'État qui met en place le recours à la justice prédictive. Cependant, selon Madame Scarlett-May FERRIE, « l'État doit également se garder de toute ingérence passive. En vertu de son obligation positive de garantir à tous l'exercice effectif du droit d'accès au juge, il pourrait se voir chargé d'informer les justiciables de la véritable nature des statistiques obtenues »⁴¹² puisque, conformément à la célèbre formule, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁴¹³.

406 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *op. cit.*, p. 549, n° 231.

407 Cour EDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, § 36.

408 Cour EDH, 28 janv. 2003, n° 34763/02, *Burg et a. c/ France*.

409 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 504.

410 Cour EDH, 10 juill. 2008, n° 9090/06, *Blandeau c/ France*, § 22.

411 Intervention de Madame Soraya AMRANI-MEKKI lors du colloque du 12 février 2018 précité.

412 FERRIE S.-M., *op. cit.*, p. 502.

413 Cour EDH, 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, § 24.

Si de nombreuses atteintes au procès équitable peuvent être portées par la justice prédictive, il en est de même au cours du procès.

b. Le recours à la justice prédictive au cours du procès

Pour savoir si l'article 6§1 de la CESDH s'applique, il faudra rechercher si l'outil de justice prédictive pris comme auteur de la décision peut être considéré comme un tribunal au sens de ce texte⁴¹⁴. Selon la Cour EDH, un tribunal « se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁴¹⁵.

Si l'on tente de reprendre ces différentes conditions, il est permis de douter que les traitements automatisés de données puissent être qualifiés de tribunal. Tout d'abord, il est indiscutable qu'ils tranchent le litige. Cependant, pouvons-nous considérer qu'ils le fassent sur la base de normes de droit ? Ils se basent sur la jurisprudence prise en son ensemble, ce qui pourra difficilement être admis comme norme, même au sens de la *common law* ; et cela d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'un raisonnement juridique. En effet, l'algorithme tire sa solution non pas d'un raisonnement, qui déduirait d'une règle de droit (ici jurisprudentielle) l'application aux faits d'espèce, mais part des faits d'espèce pour les comparer à d'autres. C'est à partir de cette comparaison que l'algorithme pourra proposer un ensemble de solutions possibles (puisque les mêmes faits n'aboutissent pas toujours à la même solution) et choisira celle qui sera majoritaire. Ce raisonnement efface nécessairement l'incertitude propre au droit⁴¹⁶ pour donner la solution qui auparavant n'aurait été que prévisible et ce sans l'expliquer, puisqu'elle en est incapable. Ainsi, il apparaît qu'utiliser la justice prédictive comme outil de prise de décision n'est pas conforme au droit à un procès équitable.

Cependant, l'article 6§1 de la Convention EDH ne s'impose pas à chaque stade des procédures. Pourrait donc être envisagée une première décision prise par un algorithme prédictif, à laquelle la partie mécontente pourrait s'opposer, par une voie de recours particulière. La décision de réformation serait alors prise par un tribunal au sens de la CESDH, en courant toutefois le risque d'allonger la procédure⁴¹⁷.

414 Aux termes de cet article, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

415 Cour EDH, 22 juin 2000, n° 32492/96, *Coëme c/ Belgique*, § 99.

416 V. par ex. : VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1100.

417 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018,

Quoi qu'il en soit, il est raisonnable de considérer que la justice prédictive est un outil limité qui n'apporte pas suffisamment au droit et à ses objectifs pour être utilisé comme outil de prise de décision.

B. Les limites de l'apport de la justice prédictive pour le droit

Il s'agit de comprendre que le rôle de la jurisprudence n'est pas seulement d'apporter une réponse au litige mais contient également un rôle explicatif. La loi seule ne suffit pas à diriger les comportements, c'est pourquoi la jurisprudence la complète, un rôle que ne peut tenir la justice prédictive.

« Dans toute décision de justice, il y a deux aspects : l'aspect individuel, concret, qui s'incarne au premier chef dans le dispositif et qui apporte une solution à l'espèce ; les présupposés généraux sur lesquels elle repose et qui s'expriment à travers sa motivation. En règle générale, ceux-ci devront d'autant plus au juge que les directives de la loi sont plus discrètes ; ils seront d'autant plus importants qu'ils émanent d'une juridiction plus élevée dans la hiérarchie judiciaire. Juge du droit, la Cour de cassation a naturellement tendance à privilégier la « fonction généralisante » de l'acte juridictionnel au détriment de sa « fonction individualisante »⁴¹⁸. Dans les décisions de principe de la Cour de cassation tout particulièrement, se retrouvent des critères d'application de la loi pour guider le juge du fond et qui seront d'ailleurs de plus en plus souvent repris ultérieurement par le législateur⁴¹⁹. Il est en effet impossible pour le législateur d'assurer une concrétude optimale de la loi. A défaut, le législateur devrait édicter la norme sous forme d'encyclopédie listant tous les possibles cas qui devront être réglés⁴²⁰. Le législateur ne peut pas « descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁴²¹ pour reprendre la célèbre formule de Portalis. Ce rôle, comme nous l'avons vu, est de plus en plus assumé par la Cour de cassation⁴²² et ne peut être rempli par la justice prédictive.

La justice prédictive ne peut donc aider le justiciable à adapter son comportement.

n° 11, p. 505.

418 TERRE F., *Introduction générale au droit*, 10^e éd, Dalloz, 2015, p. 290, n° 362.

419 CAMBY J.-P., « Validations législatives: Des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP* 2000, n° 3, p. 611.

420 MUZNY P., « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, p. 2217.

421 Cité par MUZNY P., *ibid.*

422 LANZARA D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, Paris II, 2017, dir. D. Mazeaud, éd. LGDJ, 2017.

Autrement dit, pour comprendre le droit, il faut parfois se plonger dans le cas d'espèce et tenter de comprendre les raisons de l'application de la norme. L'acceptation ou le rejet de la demande ne font pas sens à eux seuls⁴²³. Pour reprendre un exemple pris plus haut, si l'on se place dans le cadre des litiges relatifs aux contrats de consommation, le professionnel pourra apprendre de la justice prédictive que nombre de décisions prononcent une déchéance du droit aux intérêts de la banque prêteuse. Mais cette information n'a qu'une utilité très relative. Il lui faudrait plutôt savoir ce qui a fondé de telles décisions (contrat rédigé en caractères inférieurs au corps huit, non consultation du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers, non-respect de règles formelles, etc.) pour adapter son comportement et éviter de se voir prononcer à l'avenir une telle déchéance.

Ensuite, la justice prédictive, parce qu'elle n'étudie pas la norme ou la jurisprudence des cours de cassation, se révélera incapable de prédire quoi que ce soit en cas de changement dans l'ordre juridique.

Du point de vue de la loi, a été largement noté le phénomène d'inflation législative. Décrit déjà dans les années 1970, il suppose « une double constatation : une augmentation massive et persistante des textes de loi, une dépréciation corrélative de leur valeur. »⁴²⁴ Or, si le nombre de lois augmente, nombre de textes jusqu'alors inexistantes apparaîtront dans la jurisprudence. La justice prédictive qui se base sur des décisions précédant la loi nouvelle ne pourra alors que difficilement aboutir à un résultat acceptable.

Si « la loi n'est plus seulement au service de la régulation sociale mais aussi au service d'intérêts politiques, électoralistes »⁴²⁵, ce rôle devra être corrélativement être pris par d'autres acteurs, que sont la Cour de cassation et le Conseil d'État (bien que les raisons de la montée en puissance de la jurisprudence sont évidemment plus nombreuses). Ce pouvoir donné au juge influe sur les juges du fond et donc sur les instruments de justice prédictive. Comme cela a pu être régulièrement noté, cela signifie qu'en cas de revirement de jurisprudence, la Cour peut rendre dépourvu de toute valeur prédictive l'ensemble des décisions du fond qui suivaient jusque-là son ancienne jurisprudence⁴²⁶. En effet, « la sécurité juridique [...] ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée »⁴²⁷.

423 DONDERO B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p.535, n° 34.

424 BECANE J.-C., COUDERC M. et HERIN J.-L., *La loi*, 2^e éd., Dalloz, 2010, p. 167.

425 DARSONVILLE A., « Les habitudes politiques du législateur », in *Les habitudes du droit*, DISSAUX N. et GUENZOU Y. (dir.), Dalloz, 2015, p. 57.

426 VIGNEAU V., « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, p. 1102.

427 C. cass., Civ. 1^e, 11 juin 2009, n° 07-14.932.

Le droit semble donc limiter considérablement l'avènement de la justice prédictive comme outil de prise de décision. Si le risque de dérive est limité, il n'est pas pour autant exclu.

Section II.

La possible concrétisation de prises de décisions par la justice prédictive

Cette dérive est envisageable, parce qu'elle est conforme à la logique de notre histoire (I). Elle est au croisement de grands mouvements qui agitent notre droit et notre société en général. C'est pourquoi il faudra envisager son contrôle nécessaire en cas de réalisation du risque (II).

I. Une réalisation conforme à la logique historique

Si cette réalisation du risque d'une justice prédictive comme outil de prise de décision est possible (C), c'est parce qu'elle est au croisement de grands mouvements qui touchent le droit et plus largement la société. Elle est en effet au croisement d'une société de plus en plus gouvernée par les nombres (A) et caractérisée par une délégation aux machines (B). Bien que ces mouvements soient imbriqués, il nous semble nécessaire de faire figurer à part le rapport de la société et du domaine juridique à la machine, tout particulièrement lié au sujet de la justice prédictive et pourvu d'une logique propre indépendante du phénomène de quantification du monde.

A. La gouvernance par les nombres⁴²⁸

« L'essor de la gouvernance par les nombres n'est pas un accident de l'histoire. La recherche des principes ultimes qui président à l'ordre du monde combine depuis longtemps la loi et le nombre au travers de la physique et des mathématiques, s'agissant de l'ordre de la nature; du droit et de l'économie, s'agissant de l'ordre social »⁴²⁹.

Si nos compétences dans les domaines de l'Histoire et de l'Économie ne nous permettront pas de faire un parallèle très poussé entre une vision de plus en plus économique de la société et le droit, il nous est en revanche possible de voir directement ses nombreuses implications en droit. Déjà au début du XIX^e siècle a-t-il pu être noté que « le nombre seul fait la loi et le Droit. »⁴³⁰. La

428 SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 103.

429 SUPIOT A., « Le rêve de l'harmonie par le calcul », *Le monde diplomatique*, 1^{er} fevr. 2015, p. 3.

430 TOCQUEVILLE A. (DE), *Considérations sur la Révolution*, I, 5, in *Oeuvres*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la

justice prédictive, comme nous le démontrerons, est au cœur de cette transformation économique du droit et plus particulièrement, dans le cadre de notre étude, de la justice.

De façon préliminaire, il convient de rappeler que le mouvement *Law and Economics* est né aux États-Unis. Une étape visible de l'émergence de ce mouvement est la création, à Chicago, en 1958, du « *Journal of Law and Economics* » dirigé initialement par Aaron DIRECTOR⁴³¹. « L'analyse économique du droit utilise les outils développés par les sciences économiques pour approcher le droit. Cette approche explique et critique le droit en termes économiques, c'est-à-dire principalement en étudiant les coûts sociaux induits par les différentes règles juridiques »⁴³². Cette approche purement économique du droit se retrouve dans les rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, régulièrement critiqués par la doctrine juridique française, « où ces rapports ont été perçus par plusieurs comme une attaque directe contre la culture et les institutions juridiques de ce pays »⁴³³.

Cette approche du droit a aujourd'hui largement atteint le domaine de la justice. En effet, le volume des demandes en justice s'est accru, mais cela n'a pas été corrélé par une augmentation proportionnelle du budget de l'État dévolu à la Justice. Il y a donc eu un besoin d'adaptation⁴³⁴. Il faudra cependant remarquer que cette préoccupation est ancienne, puisque déjà présente dans la création de statistiques judiciaires en 1791⁴³⁵. C'est ainsi que les pouvoirs publics ont tenté de rationaliser les coûts de la justice, notamment au travers de la loi organique relative aux lois de finances⁴³⁶. Cette loi établit des indicateurs de qualité relatifs aux délais de traitement et à l'efficacité des magistrats et des fonctionnaires⁴³⁷. Autrement dit, la justice est aujourd'hui évaluée dans son efficacité et doit tenter de rationaliser ses dépenses.

Plusieurs domaines de la justice sont touchés par ce nouveau « *management* »⁴³⁸. Mais l'élément qui est au cœur de ces transformations et du puissant attrait de la justice prédictive est la

Pléiade », t. 3, 2004, p. 492.

431 MACKAAY E., « *History of Law and Economics* », in *Encyclopedia of Law & Economics*, BOUCKAERT B. et DE GEEST G. (dir.), Edward Elgar, 2000, p. 74.

432 PORTUESE A., *Le principe d'efficacité dans la jurisprudence européenne*, Thèse, Paris II, 2012, dir. L. Vogel et B. Deffains, p. 72 et 73.

433 GAUDREAU-DESBIENS J.-F., « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, n° 4, p. 683.

434 COULON J.-M., *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La Documentation Française, 1996, p. 14.

435 Décret des 25 avril–25 mai 1791.

436 Loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, *JO* du 2 août 2001, p. 12480.

437 STEINMANN B., « Budget de la justice : 10^e préparation sous le régime de la LOLF », *D.* 2014, n° 25, p. 1488.

438 DEJARO G., « *Law et management* : l'influence des sciences de gestion sur la *juris dictio* », *Gaz. Pal.* 2014, n° 136-137, p. 15.

question du temps et donc de la célérité. « Le temps du procès n'est pas un temps commun »⁴³⁹. Alors qu'il « était autrefois considéré comme une caractéristique intrinsèque de la fonction de justice [...] la demande sociale et la critique des lenteurs de l'institution, d'une part, et les impératifs de gestion, d'autre part, ont imposé une réduction du temps de traitement de chaque affaire »⁴⁴⁰.

Si une thèse récente a pu conclure que la célérité exclut non seulement l'excès de lenteur, mais aussi « l'excès de rapidité »⁴⁴¹, il est possible d'envisager que les objectifs d'économie conduisent lentement à retirer ce dernier aspect, *a minima* pour les décisions simples dans le contentieux de masse. En effet, « il est désormais engagé une course de vitesse avec les nouvelles technologies »⁴⁴². N'assiste-t-on pas au développement de procédures accélérées ? Les procédures de référé non motivées par l'urgence sont le reflet de cette exigence de célérité⁴⁴³. Elles se sont développées tant dans les domaines civil qu'administratif. « Les référés se sont imposés dans le paysage juridictionnel, au point que leur existence finisse par paraître aussi naturelle que récente »⁴⁴⁴. Il en est de même de la procédure d'injonction de payer⁴⁴⁵. Pareillement, la Cour de cassation tente aujourd'hui de réduire le flux judiciaire, que ce soit par le biais de sa jurisprudence⁴⁴⁶ ou par sa volonté exprimée récemment de filtrer les pourvois⁴⁴⁷.

C'est dans cette logique que s'inscrit la justice prédictive. Outil au service de la célérité de la justice⁴⁴⁸, il est la continuation d'un processus déjà en marche et qui ne fait que s'amplifier. Il y a fort à parier qu'une « *start-up nation* » n'y restera pas indifférente.

Cette volonté de vitesse se retrouve de façon générale dans le phénomène grandissant de délégation aux machines.

439 GARAPON A., *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Le Centurion, 1985, p. 49.

440 BASTARD B., DELVAUX D., MOUHANNA C. et al., *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, PUR, 2016, p. 11.

441 CHOLET D., *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, Paris I, 2003, dir. G. Giudicelli-Delage, éd. LGDJ, 2006, p. 501, n° 511.

442 DELMAS-MARTY M., *De la grande accélération à la grande métamorphose. Vers un ordre juridique planétaire*. Le Bord de l'eau, 2017, p. 37.

443 AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, thèse, Paris I, 2000, dir. L. Cadiet, éd. Dalloz, 2002, p. 463, n° 475.

444 BRETONNEAU A. et DOMINO X., « Dix ans d'urgences », *AJDA* 2011, n° 24, p. 1369.

445 AMRANI-MEKKI S., thèse précitée, p. 496, n° 510.

446 V. not. les arrêts *Cesareo* et *Carteret*, respectivement, C. cass., Ass. pl., 6 juil. 2006, n°04-10.672 et Ass. pl., 21 déc. 2007, n° 06-11.343.

447 V. par ex. : BORE L., « Questions sur le projet de filtrage des pourvois », *Gaz. Pal.* 2018, n° 17, p. 87.

448 V. *supra*.

B. Une société de la délégation aux machines

La délégation aux machines apparaît comme un phénomène inéluctable. Si dans l'absolu, rien n'impose son arrivée qui pourrait être stoppée par le politique, il s'agit aujourd'hui d'une croyance dont le citoyen ne semble pas pouvoir s'échapper. « Ce nouveau monde doit nécessairement advenir selon une modalité mécanique, absolument déterministe, puisqu'il est dorénavant le fait d'un travail des machines qui ne va cesser de s'étendre. Cette rhétorique encourage à croire dès aujourd'hui ce qui sera effectif demain car demain est mécaniquement inéluctable, en somme »⁴⁴⁹.

Cette « concrétisation algorithmique du rêve cartésien »⁴⁵⁰ répond à une logique historique et sans doute à un besoin de la population, et c'est ce qui fait sa force.

« Au principe du pouvoir, rien d'autre que cet impératif d'autoproduction symbolique du social. C'est en rejetant à distance ce lieu depuis lequel se penser en extériorité avec elle-même que la société se procure les repères capables de l'assumer dans son être »⁴⁵¹. Cette fondation de la société, autrefois théologico-politique⁴⁵² a été remplacée par « une transcendance interne »⁴⁵³ qu'est le travail démocratique et la loi qui en résulte. Or, on sait de plus l'importante perte de confiance du citoyen dans ses institutions⁴⁵⁴. La nature ayant horreur du vide, la science, et sans doute le numérique pourrait venir le remplir. « Les corrélations révèlent un état du monde qu'il faut accepter tel qu'il est et en confiance ; mieux, qui s'impose comme une norme pour évaluer le monde vécu. Le numérique s'apparente ainsi à *un nouveau droit naturel interne au monde* »⁴⁵⁵. Il y a passage du « *Law and Economics* » au « *Law and Mathematics* »⁴⁵⁶. Cette délégation aux machines s'inscrit ainsi tout naturellement dans le domaine de la justice.

Ensuite, dans la continuité de l'économie néolibérale, se révèle aujourd'hui une véritable philosophie individualiste à l'aspiration libertarienne⁴⁵⁷. « Nous sommes en effet entrés dans un

449 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 127.

450 STIEGLER B., *Dans la disruption. Comment ne pas devenir fou ?*, Les liens qui libèrent, 2016, p. 228.

451 GAUCHET M., « La dette de sens et les racines de l'État. Politique de la religion primitive », in *La condition politique*, Gallimard, 2005, p. 73.

452 GAUCHET M., *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Gallimard, 1985.

453 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 129.

454 V. par ex. ROSENVALLON P., *Le bon gouvernement*, Seuil, 2015.

455 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 130.

456 *Ibid.*, p. 353.

457 *Ibid.*, p. 260.

nouvel âge, celui de l'individualisme de singularité »⁴⁵⁸. En ce sens, le sujet supporte de moins en moins les injonctions faite par un ordre supérieur, et ce aussi parce que les nouvelles techniques permettent à l'individu de secréter lui-même sa loi, par son comportement. « *Il est lui-même sa loi* »⁴⁵⁹. Ainsi en serait-il par exemple d'une « boîte noire [...] installée à bord de votre véhicule, enregistrant vos paramètres de conduite (freinages, accélérations...). Au final, l'assureur vous donne une note qui fixera le montant de votre prime. »⁴⁶⁰ La priorité n'est donc plus donnée à une norme collectivement décidée. Cela engendre dans notre cas une méfiance par rapport au juge, auquel sera préférée une machine mathématique qui tranche par le calcul, apparemment individualisé⁴⁶¹.

Dans le prolongement de cette idée, nous constatons aujourd'hui un retrait du raisonnement purement syllogistique par le juge pour une prise en compte augmentée des faits de l'espèce, au centre du fonctionnement de la justice prédictive. Cette évolution se retrouve dans l'arrêt essentiel de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 décembre 2013⁴⁶², selon lequel « le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Ce mode de raisonnement a nécessité « l'appréciation des faits et la pesée des intérêts en présence »⁴⁶³, autorisé par le recours à l'article 8 de la CESDH et en correspondance avec la pratique de la Cour EDH. Il marque l'entrée dans « l'âge de la balance »⁴⁶⁴. Cette transformation, parfois qualifiée de factualisme⁴⁶⁵, signifierait la « révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit »⁴⁶⁶. Sans entrer plus avant dans le débat, il est donc notable que les faits prennent une place grandissante dans les décisions de justice.

Parce que la justice prédictive est « factualisation »⁴⁶⁷, elle s'inscrit naturellement dans cette évolution.

La justice prédictive est visiblement au carrefour de grands courants qui se rejoignent en son lit. Il nous apparaît donc que la réalisation du risque de voir un jour la justice prédictive prendre institutionnellement la place du juge, ou au moins de certains juges, n'est pas impensable.

458 ROSENVALLON P., *op. cit.*, p. 25.

459 GARAPON A. et LASSEGUE J., *op. cit.*, p. 259.

460 SIRINELLI P. et PREVOST S., « Lignes de code(s) », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 485.

461 GARAPON A., « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 50.

462 C. cass., Civ. 1^e, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

463 FULCHIRON H., « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014, n° 3, p. 153.

464 MARZAL T., « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017, n° 4, p. 789.

465 *Ibid.*, p. 792.

466 JESTAZ P., MARGUENAUD J.-P. et JAMIN C., « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, n° 36, p. 2070.

467 CROZE H., « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 174.

C. La réalisation du risque

Nous recherchons dans ces développements si a justice prédictive pourrait se voir accorder un rôle complet de prise de décision. Au plus près de nous, ce risque pourrait se voir réalisé dans le milieu privé *via* les modes alternatifs de règlement des conflits (1) et ensuite, peut-être, par la justice étatique (2).

1. A moyen terme dans le milieu privé

L'État, pour des motifs économiques et politiques, a tendance à se retirer de ses domaines régaliens. Ce retrait favorise le développement de la contractualisation des rapports sociaux, ce qui se concrétise dans le domaine de la justice par un accroissement du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges⁴⁶⁸. Rappelons que l'État a mis en place l'obligation, dans la procédure civile et sauf exception, de préciser dans l'assignation⁴⁶⁹, la déclaration au greffe ou la requête⁴⁷⁰ « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ». Les modes alternatifs de règlement des litiges interviennent donc en amont du procès, idéalement pour l'éviter. Si la justice n'est pas saisie, la décision aura bien été prise sur le seul fondement de la justice prédictive. Parce que se maintient cette protection d'un éventuel procès par la suite⁴⁷¹, mais aussi, comme nous le verrons, parce que cet outil est particulièrement utile aux entreprises, cette utilisation est la plus probable.

Comme nous l'avons vu, la prohibition des décisions automatisées ne s'applique qu'aux décisions de justice spécifiquement⁴⁷². Au contraire, le RGPD⁴⁷³ prévoit en son article 22 le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé produisant des effets juridiques. Cependant, il prévoit deux exceptions qui nous concernent et qui doivent être notées ici. Cette protection ne s'applique pas si elle est autorisée par le droit de l'Union ou le droit

468 ALGADI A. S., « La place des modes alternatifs de règlement des litiges dans la Justice du XXIème siècle », *Lexbase Hebdo Ed. G.* 2014, n° 588.

469 Art. 56 du Code de procédure civile.

470 Art. 58 du Code de procédure civile.

471 FERRIE S.-M., « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, p. 505.

472 Art. 10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

473 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 (règlement général sur la protection des données)*.

de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis, droit qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ou si elle est fondée sur le consentement explicite de la personne concernée.

Dans le cas de la première exception, comme nous avons pu l'étudier, les droits fondamentaux apportent une véritable protection au justiciable dans son rapport aux algorithmes de prédiction, ce qui explique d'ailleurs le « rattrapage » des modes alternatifs par les droits fondamentaux de façon générale⁴⁷⁴. Le terme de « mesures appropriées » laisse une marge d'interprétation assez conséquente et dépendra de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

La seconde exception nous semble davantage de nature à permettre le développement de la justice prédictive dans les modes alternatifs de règlement des litiges. En effet, il faut rappeler qu'existe « un contexte favorable au développement de plateformes de règlement extrajudiciaire des différends, spécialement pour le traitement des litiges du e-commerce. Les contrats conclus en ligne génèrent des différends portant souvent sur de faibles montants, pour lesquels les voies classiques de traitement des litiges sont inadaptées. Le recours à des modes amiables de règlement des conflits permet un traitement rapide, peu onéreux de ces litiges et, lorsque ceux-ci sont des différends transfrontaliers, leur règlement extrajudiciaire permet d'éviter les conflits de lois et de juridictions qu'ils pourraient soulever »⁴⁷⁵.

Par son attrait, ce contentieux est le plus susceptible de voir se développer la justice prédictive et doit donc être au centre de notre attention. Or, chacun le sait, dans le cadre du e-commerce « les CGV ne peuvent dans la plupart des cas être consultées que via un lien hypertexte, démarche que peu de cyberacheteurs effectuent en pratique »⁴⁷⁶. Si celles-ci prévoient qu'en cas de litige, les parties devront obligatoirement passer par un règlement amiable en ligne avec une décision prise par traitement automatique de données, « le consentement explicite de la personne concernée » sera-t-il considéré comme donné ? Il nous semble que oui, la personne ayant eu accès à ces conditions générales de vente qui relèvent du domaine contractuel et les ayant « explicitement » acceptées par un clic. Il apparaît donc aisé pour l'entreprise d'avoir recours à la pratique de la justice prédictive, en tout cas en l'absence de tout cadre légal supplémentaire.

De façon plus générale, les intérêts précédemment décrits de la justice prédictive pourraient

474 GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S. et al., *Droit processuel*, Dalloz, 2017, 9^e éd., p. 1364, n° 583.

475 CHASSAGNARD-PINET S., « Le e-règlement amiable des différends », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 506.

476 CORDIER G., « Conditions générales de vente en ligne », *JCP E* 2012, n° 9, p. 40.

aisément conduire le justiciable à se tourner vers ce mode alternatif de règlement des litiges, au moins dans un cadre où les enjeux indemnitaires sont faibles. La protection du RGPD nous apparaît donc encore trop faible au vu des limites importantes de qualité de la justice prédictive à ce jour.

Si ce risque est envisageable à moyen terme dans le domaine privé, sans doute l'est-il également au niveau étatique à plus long terme.

2. A long terme au niveau étatique

Comme l'essentiel a été dit précédemment, nous rappellerons uniquement que la justice prédictive a de nombreux attraits pour un État à la recherche d'économie de moyens. Si le droit, mais aussi l'état actuel des capacités de l'intelligence artificielle, ne permettent pas d'envisager sa mise en place, il nous semble que cette technologie pourrait voir le jour, au moins pour une partie du contentieux, ou une partie des tâches des juridictions. Comme l'écrivent assez cyniquement Messieurs Antoine GARAPON et Jean LASSEGUE « le droit et le symbolique deviennent un luxe que l'on ne peut plus s'offrir collectivement »⁴⁷⁷. Un cycle arriverait à échéance, « le cycle très long, millénaire à vrai dire, qui associait [...] la justice à une décision humaine »⁴⁷⁸.

Au moins deux États ont d'ailleurs posé les prémisses d'une utilisation étatique de la justice prédictive afin de prendre des décisions à caractère juridictionnel.

Tout d'abord, comme nous l'avons évoqué, les Etats-Unis ont déjà recours au système de l'*evidence based sentencing*. Elle ne vise pas à remplacer le juge mais il s'agit plutôt d'évaluer les probabilités de récidive d'un délinquant et de fournir une expertise au juge, qui a la possibilité de s'en écarter⁴⁷⁹.

Ensuite, le Royaume-Uni est en passe de créer des *Online Courts*. Depuis un rapport de février 2015⁴⁸⁰, le Royaume-Uni souhaite un règlement judiciaire en ligne (« *online dispute resolution* ») pour les affaires civiles dont le montant du litige serait inférieur à 25 000 £⁴⁸¹. L'audience serait dématérialisée. Ce règlement en ligne des litiges est conçu comme une première étape vers des solutions prononcées par des algorithmes. Le juge interviendrait par la suite pour les

477 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 346.

478 GARAPON A., « Le devenir systémique du droit », *JCP G* 2018, n° 21, p. 1014.

479 V. *supra*, Cour suprême du Wisconsin, « *State vs Loomis* », 13 juil. 2016, n°881 N.W.2d 749 (2016)

480 CIVIL JUSTICE CONCIL, *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, rapport pour le *Master of the Rolls*, févr. 2015, accessible à <https://www.judiciary.uk/reviews/online-dispute-resolution/odr-report-february-2015>.

481 *Ibid.*, p. 21.

homologuer ou non⁴⁸². Leur mise en place est aujourd'hui permise par la loi du 23 février 2017 *Prisons and Courts Bill*⁴⁸³.

Le risque de voir l'intelligence artificielle régler des litiges n'est donc pas qu'un fantasme et pourrait un jour se réaliser. Celui-ci est d'autant plus fort que son développement dans les modes alternatifs de règlement des litiges et dans la justice étatique pourront s'imbriquer. C'est pourquoi il serait préférable d'établir au plus tôt un contrôle renforcé.

III. Un contrôle nécessaire

Ce contrôle peut être effectué par les différents acteurs de la justice (A) et surtout par l'État démocratique (B)

A. Par les acteurs eux-mêmes

Parmi ces acteurs se trouvent évidemment les entreprises qui développent la justice prédictive (1), mais aussi les acteurs du procès (2).

1. Le contrôle par les entreprises de justice prédictive

Ce contrôle serait interne à ces entreprises, par l'application de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Elle « a pour objectif d'intégrer les critiques faites au capitalisme contemporain dans la gestion de l'entreprise et prend le relai du droit jugé impuissant pour répondre « aux nouveaux enjeux sociétaux »⁴⁸⁴. La RSE est un nouveau mode d'élaboration des normes et des pratiques qui permet d'assurer la légitimité des entreprises, essentiellement dans un but de communication.

Il s'agirait pour les entreprises de justice prédictive de prévenir les critiques faites à leurs logiciels, en les parant de contours éthiques. Il est intéressant à ce titre de noter que Predictice s'est

482 CLEMENT M., « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA* 2017, n° 43, p. 2457.

483 Accessible à <https://www.publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2016-2017/0145/17145.pdf>.

484 THOMAS V., « La RSE dans le droit des sociétés », *RLDA* 2013, n° 84, p. 95.

pourvu d'un comité d'éthique⁴⁸⁵ conformément aux propositions de la CNIL⁴⁸⁶. Celui-ci comprend d'ailleurs d'éminents professeurs, tels que Madame Anne-Sophie CHONE-GRIMALDI, Monsieur Christophe JAMIN ou encore Monsieur Denis MAZEAUD⁴⁸⁷. Selon Monsieur Christophe JAMIN, lors de la première réunion de ce comité « la révolution engendrée par Predictice est telle qu'on ne peut s'abstenir de réfléchir collectivement à toutes les conséquences qu'elle induit, dont certaines ne sont pas encore envisagées », c'est pourquoi ils devront s'interroger, par exemple, sur l'extension de cet outil à la justice pénale⁴⁸⁸. Comme nous l'avions précisé, le champ pénal avait d'ailleurs été exclu pour des motifs éthiques⁴⁸⁹. Le suivi des travaux du Comité sera effectué par la Clinique de l'Ecole de Droit de Sciences Po qui présentera son Livre Blanc et les contributions des membres du Comité à la fin du premier semestre 2018⁴⁹⁰. Predictice précise que ce comité est indépendant, même si ne sont pas expliquées les garanties de cette indépendance.

Par ailleurs, a été proposé que les concepteurs de ces algorithmes soient formés, de façon à « intégrer dans leurs pratiques une certaine éthique et résister aux demandes tentantes du marché qui peuvent affecter cette dimension »⁴⁹¹.

Si ce travail d'« autocontrôle » est louable, il serait préférable qu'il se double *a minima* d'un contrôle par les autres acteurs du procès.

485 Anon., « Le Comité éthique et scientifique de la Justice Prédicative », *predictice.com*, <https://news.predictice.com/le-comit%C3%A9-%C3%A9thique-et-scientifique-de-la-justice-pr%C3%A9dictive-775bcc9576b9>, consulté le 10 juin 2018.

486 CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 59 et 60.

487 Anon., « Le Comité éthique et scientifique de la Justice Prédicative », *predictice.com*, <https://news.predictice.com/le-comit%C3%A9-%C3%A9thique-et-scientifique-de-la-justice-pr%C3%A9dictive-775bcc9576b9>, consulté le 10 juin 2018.

488 Anon., « La première réunion du Comité éthique et scientifique de la justice prédictive s'est tenue dans les locaux du cabinet Taylor Wessing », *taylorwessing.com*, <https://france.taylorwessing.com/fr/la-premiere-reunion-du-comite-ethique-et-scientifique-de-la-justice-predictive-s-est-tenue-dans-les-locaux-du-cabinet-taylor-wessing>, consulté le 10 juin 2018.

489 ROZEC P. et THIEBAUT L., « Intelligence artificielle : les limites de la justice prédictive », *lesechos.fr*, 02 nov. 2017.

490 Anon., « La première réunion du Comité éthique et scientifique de la justice prédictive s'est tenue dans les locaux du cabinet Taylor Wessing », *taylorwessing.com*, <https://france.taylorwessing.com/fr/la-premiere-reunion-du-comite-ethique-et-scientifique-de-la-justice-predictive-s-est-tenue-dans-les-locaux-du-cabinet-taylor-wessing>, consulté le 10 juin 2018.

491 CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 53.

2. Le contrôle par les acteurs du procès

Il s'agira pour l'essentiel de proposer aux acteurs une formation adéquate leur permettant une approche critique de ces outils qui, comme nous l'avons étudié longuement, comportent de nombreux défauts. La première recommandation de la CNIL dans son rapport précité est ainsi de « former à l'éthique tous les maillons de la « chaîne algorithmique » : concepteurs, professionnels, citoyens »⁴⁹².

Pour les professionnels, il faudra probablement modifier les méthodes et les contenus de l'enseignement du droit⁴⁹³. Il faut en effet « une hybridation des connaissances »⁴⁹⁴ pour espérer un meilleur contrôle de ces outils. « Il s'agirait notamment de les armer contre le risque de déresponsabilisation, de perte d'autonomie que peut développer le recours à des outils fonctionnant parfois comme des boîtes noires présentées comme étant d'une efficacité imparable. »⁴⁹⁵

Enfin, cela passe par les parties elles-mêmes, dans une logique d'esprit critique⁴⁹⁶.

Une logique préventive vis-à-vis de la prédiction semble de l'avis général un moyen efficace de lutter contre les dérives de ces outils. Cependant, peut-être faudrait-il attendre un contrôle plus poussé par l'État démocratique.

B. Par l'État démocratique

Si nous avons voulu dans cette partie parler « d'État démocratique » et non simplement de « contrôle étatique », c'est parce que, selon nous, l'un des grands enjeux présentés par la justice prédictive (mais sans doute pour la technique en général) est la nécessité d'une prise en main du problème par les citoyens dans le cadre d'un « débat démocratique ». Il devra bien entendu se doubler d'une action de contrôle direct par l'État, ou en tout cas à sa demande.

Pour conforter cette position nous citerons (longuement) l'article fondateur de Monsieur

492 *Ibid.*, p. 54.

493 CLEMENT M., « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA*, 2017, n° 43, p. 2460.

494 ROZENFELD S., « Adrien Basdevant : Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *Expertises*, 2018, n° 434, p. 139.

495 CNIL, *op. cit.*, p. 55.

496 *Ibid.*, p. 53.

Lawrence LESSIG, « *Code is law* »⁴⁹⁷ :

« Nous vivons à une époque de scepticisme à l'égard de la démocratie. Notre époque est obsédée par la non-intervention. Laissons Internet se développer comme les codeurs l'entendent, voilà l'opinion générale. Laissons l'État en dehors de ça.

Ce point de vue est compréhensible, vu la nature des interventions étatiques. Vu leurs défauts, il semble préférable d'écarter purement et simplement l'État. Mais c'est une tentation dangereuse, en particulier aujourd'hui.

Ce n'est pas entre *régulation* et *absence de régulation* que nous avons à choisir. Le code régule. Il implémente – ou non – un certain nombre de valeurs. Il garantit certaines libertés, ou les empêche. Il protège la vie privée, ou promeut la surveillance. Des gens décident comment le code va se comporter. Des gens l'écrivent. La question n'est donc pas de savoir qui décidera de la manière dont le cyberspace est régulé : ce seront les codeurs. La seule question est de savoir si nous aurons collectivement un rôle dans leur choix – et donc dans la manière dont ces valeurs sont garanties – ou si nous laisserons aux codeurs le soin de choisir nos valeurs à notre place.

Car c'est une évidence : quand l'État se retire, la place ne reste pas vide. Les intérêts privés ont des objectifs qu'ils vont poursuivre. En appuyant sur le bouton anti-Étatique, on ne se téléporte pas au Paradis. Quand les intérêts gouvernementaux sont écartés, d'autres intérêts les remplacent. Les connaissons-nous ? Sommes-nous sûrs qu'ils sont meilleurs ?

[...]

Nous resterons aveugles à la menace que notre époque fait peser sur les libertés et les valeurs dont nous avons hérité. La loi du cyberspace dépendra de la manière dont il est codé, mais nous aurons perdu tout rôle dans le choix de cette loi. »

La justice prédictive appartient avec le numérique à une « révolution graphique »⁴⁹⁸ et par là même à une « révolution cognitive »⁴⁹⁹. L'utilisation du numérique modifie la façon de voir le monde sans que l'on ait à le penser. « La révolution graphique est plus profonde qu'une quelconque révolution politique car elle affecte la sémiogénèse, c'est à dire la possibilité de naissance d'une signification »⁵⁰⁰. En un mot « seul compte le faire, et l'emporte sur le penser »⁵⁰¹.

497 LESSIG L., « *Code is law. On liberty in Cyberspace* », *Harvard magazine*, 01 janv. 2000, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, trad. <https://framablog.org/2010/05/22/code-is-law-lessig>.

498 GARAPON A. et LASSEGUE J., *La justice digitale*, PUF, 2018, p. 14.

499 *Ibid.*, p. 100.

500 *Ibid.*, p. 88.

501 *Ibid.*, p. 105.

Deux auteurs ont parlé de « coup data »⁵⁰² pour résumer cette « peur de la perte du contrôle démocratique »⁵⁰³. Il faudrait ainsi une prise en main du sujet par les citoyens, de façon à éviter, sans débat, une transformation profonde de la justice. Un tel débat aurait également pour conséquence probable une intervention du législateur, qui nous paraît nécessaire. En effet, « le bon usage de la quantification suppose un sens de la mesure, que le droit peut contribuer à maintenir ou à restaurer »⁵⁰⁴.

Comment le législateur pourrait-il intervenir ? Plusieurs mesures de contrôle ont pu être proposées. Tout d'abord, a été proposée la création d'un « droit d'audit des algorithmes »⁵⁰⁵. Des comités d'experts pourraient intervenir pour contrôler la loyauté des algorithmes et rechercher par exemple s'ils ne produisent pas des discriminations⁵⁰⁶. Passer par des tests de ces algorithmes, garantir l'indépendance des comités et leur devoir de secret éviterait de violer le secret des affaires ou les droits de propriété intellectuelle⁵⁰⁷. Ces audits pourraient être effectués régulièrement pour éviter une dérive après le passage réussi devant les comités d'expert⁵⁰⁸. A également été envisagée la possibilité de créer un label⁵⁰⁹.

Enfin, il serait évidemment envisageable que l'État prolonge son interdiction des décisions de justice prises par traitement automatique de données, voire l'étende aux modes alternatifs de règlement des litiges. Moins strictement, il serait possible de prévoir un certain nombre de garde-fous. C'est dans cette idée que le rapport dit « CADIET » a proposé le contrôle de la mise en *open data* des décisions de justice aux cours suprêmes judiciaire et administrative⁵¹⁰.

Le contrôle de la justice prédictive par l'État nous semble ainsi possible mais en réalité indispensable.

502 BASDEVANT A. et MIGNARD J.-P., *L'Empire des données. Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, Don Quichotte, 2018.

503 ROZENFELD S., « Adrien Basdevant : Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *Expertises*, 2018, n° 434, p. 138.

504 SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Fayard, 2015, p. 411.

505 V. not. : *ibid.*, p. 139 ; CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 15 décembre 2017, p. 57.

506 CNIL, *op. cit.*, p. 58.

507 CLEMENT M., « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA*, 2017, n° 43, p. 2458.

508 CNIL, *op. cit.*, p. 54.

509 *Ibid.*, p. 58.

510 CADIET L. (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017, p. 10.

CONCLUSION

La combinaison du progrès technique permis par l'accroissement continu de la capacité des ordinateurs (*big data, machine learning*) et de la volonté de l'État de rendre accessible la majorité des décisions de justice administratives et judiciaires a conduit à l'émergence d'une nouvelle réalité : l'analyse fine de la jurisprudence, de nature à permettre la prédiction des litiges à venir. Il a fallu nommer cette innovation. C'est ainsi qu'elle a été baptisée, peut-être provisoirement, « justice prédictive ».

L'étude attentive de la notion permet de constater son ambivalence, à la fois outil statistique et promesse terminologique d'un projet plus vaste, celui de rendre la justice sans intervention humaine. A sa double définition correspond une double fonction : l'aide à la décision et la prise de décision. La première correspond à une réalité presque tangible, des premières expérimentations ont déjà été menées en ce domaine. La seconde est plus prospective : d'abord parce que les *legaltech* à l'origine du développement de la justice prédictive n'ont pas encore eu accès aux nouvelles bases de données jurisprudentielles, ensuite parce que ces outils ne sont pas encore suffisamment aboutis, enfin parce que notre ordre juridique ne peut que très imparfaitement les recevoir.

La fonction d'aide à la décision est source d'enjeux importants. Sa mise en place, certes minimale aujourd'hui, devrait rapidement s'étendre après diffusion de l'essentiel des décisions du fond. Ce développement est à double tranchant. D'un point de vue positif, les capacités d'analyse surhumaines de la justice prédictive permettront une amélioration de la compréhension du droit tel qu'il est appréhendé par les juridictions. Cette fonction d'analyse des décisions viendra au secours des professionnels et des justiciables, pour les guider vers une meilleure application de la norme, et une meilleure compréhension des décisions de justice. La fonction prédictive de ces outils devrait de son côté permettre des économies financières, par une rationalisation du contentieux et des tâches répétitives des professionnels. D'un point de vue négatif, la justice prédictive laisse craindre de nombreux dangers : d'abord parce que cette technique est encore largement faillible et mérite une amélioration technique, ensuite parce que son utilisation pourrait catalyser les transformations du droit déjà en cours, que sont la factualisation et le renforcement de la place du juge dans l'édiction du droit. Le risque de performativité de la justice prédictive accentue encore ce phénomène. La justice prédictive deviendrait alors indirectement un outil de prise de décision.

La fonction de prise directe de décision qui pourrait être laissée à la justice prédictive est largement plus prospective. Ses limites techniques actuelles autorisent le doute quant à ses capacités de prendre un jour la place du juge. Une telle (r)évolution serait sans doute hasardeuse du point de vue des droits fondamentaux. Mais il nous semble néanmoins que de telles limites ne sont pas infranchissables. La justice prédictive s'inscrit parfaitement dans notre histoire contemporaine. Ses attraits économiques indéniables et la tendance de la société à automatiser des tâches toujours plus nombreuses nous apparaissent comme les facteurs d'une ascension irrésistible de la justice prédictive. Les premières marches seront montées par le secteur privé *via* les modes alternatifs de règlement des conflits auxquels l'État laisse une place grandissante. La justice étatique n'interviendrait alors que subsidiairement. Mais cette ascension, déjà visible dans les États de *common law*, pourrait atteindre *in fine* les juridictions étatiques. C'est pourquoi nous appelons préventivement à des mesures de contrôle. Elles devraient être de deux ordres. Tout d'abord, la formation des acteurs développera leur capacité d'analyse et de critique de ces outils. Ensuite, des mesures plus contraignantes sont à mettre en place pour éviter les dérives. Nous serions d'ailleurs favorable à une véritable interdiction de l'usage de la justice prédictive autrement qu'en appui d'une décision humaine.

La profondeur des transformations engendrées par la justice prédictive ne doit pas laisser indifférent. L'institution judiciaire risque d'être lentement phagocytée par la justice prédictive. Or, si la justice devait se déshumaniser, il faudrait *a minima* que ce soit après un véritable débat démocratique. Le citoyen ne doit pas se laisser gouverner par les nombres mais décider en conscience quelle justice il souhaite pour demain. Comme l'a écrit Michel FOUCAULT, « l'homme est une invention dont l'archéologie de notre pensée montre aisément la date récente. Et peut-être la fin prochaine. Si ces dispositions venaient à disparaître comme elles sont apparues (...) alors on peut bien parier que l'homme s'effacerait, comme à la limite de la mer un visage de sable »⁵¹¹.

La justice prédictive est finalement source de nombreuses incertitudes. Les fonctions qui seront effectivement déléguées à ces nouveaux outils sont encore largement prospectives. La notion même de justice prédictive, très critiquée par les auteurs, pourrait tomber en désuétude au profit d'une nouvelle terminologie. Le fait que la justice prédictive soit simplement un outil d'aide à la décision ou devienne un outil de prise de décision, qu'elle apporte ou non plus d'avantages que d'inconvénients, dépendra du comportement des entreprises, des acteurs du procès, du niveau de régulation de ceux-ci par le pouvoir politique, qu'il soit interne ou européen mais aussi des

511 FOUCAULT M., *Les Mots et les choses*, TEL-Gallimard, 1966, p. 398.

avancées techniques dans le domaine du numérique. Nous avons tenté de prédire l'avenir de la justice prédictive mais seul le passage du temps permettra de confirmer ou d'infirmar les différentes hypothèses exprimées dans ce mémoire.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

BECANE (J.-C.), COUDERC (M.) et HERIN (J.-L.), *La loi*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

BORE (J.) et (L.), *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Paris, PUF, t. 1, 2004.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, 15^e éd., Paris, Montchrétien, t. 1, 2001.

CHARNIAK (E.), *Introduction to artificial intelligence*, Addison-Wesley, 1984.

CHOULI (B.), GOUJON (F.) et LEPORCHER (Y.-M.), *Les Blockchains : De la théorie à la pratique, de l'idée à l'implémentation*, Saint-Herblain, ENI, 2017.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C. S.) et al., *Droit processuel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.) et CHAINAIS (C.), *Procédure civile*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016.

JUGNOT (G.), *Histoire de la justice française, de l'époque franque à nos jours*, Paris, Ellipses, 2011.

STONE (H. S.), *Introduction to Computer Organization and Data Structures*, Nex-York, McGraw-Hill Book Compagny, 1972.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 10^e éd, Paris, Dalloz, 2015.

II. Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, thèse, Paris I, 2000, dir. L. Cadiet.

AUSTIN, (J. L.), *How to do things with words*, Clarendon Press, 1962, tr. fr. par LANE G., *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, rééd. Points-Seuil, 1991.

- BALAT (N.)**, *Essai sur le droit commun*, thèse, Paris II, 2014, dir. M. Grimaldi.
- BASTARD (B.), DELVAUX (D.), MOUHANNA (C.) et SCHOENAERS F.**, *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, Rennes, PUR, 2016.
- BENOIT (D.)**, « De l'émergence de « nouvelles réalités » : les « prédictions créatrices » », *Revue internationale de psychosociologie* 2007, vol. XIII, n° 29, p. 35 s.
- BOURDIEU (P.) et PASSERON (J.-C.)**, *La reproduction : Éléments d'une théorie du système d'enseignement*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1970.
- CAMBY (J.-P.)**, « Validations législatives: Des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP* 2000, n° 3, p. 611 s.
- CHOLET (D.)**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, Paris I, 2003, dir. G. Giudicelli-Delage.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *De la grande accélération à la grande métamorphose. Vers un ordre juridique planétaire*. Lormont, Le Bord de l'eau, 2017.
- DUFOUR (O.)**, *Justice, une faillite française ?*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018.
- ELLUL (J.)**, *Le système technicien*, Paris, Cherche-midi, 2012 (réed. 1977).
- FOUCAULT (M.) :**
- *Les Mots et les choses*, Paris, TEL-Gallimard, 1966 ;
 - *Les anormaux. Cours au Collège de France, 1974-1975*, Paris, Gallimard, 1999.
- GARAPON (A.) :**
- *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985 ;
 - *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- GARAPON (A.) et LASSEGUE (J.)**, *La justice digitale*, Paris, PUF, 2018.
- GAUCHET (M.) :**
- *Le désenchantement du monde. Une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.
 - *La condition politique*, Paris, Gallimard, 2005.
- GORI (R.) et DEL VOLGO (M.-J.)**, *La santé totalitaire : essai sur la médicalisation de l'existence*, Paris, Flammarion, 2009.
- ISRAEL (L.)**, *L'arme du droit*, Paris, Presse de Science Po, 2009.

- JEULAND (E.)**, *La théorie relationniste du droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.
- KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN C., 2^e éd., Paris, Bruylant-LGDJ, 1999.
- LAGASNERIE (G.) (DE)**, *Juger. L'État pénal face à la sociologie*, Paris, Fayard, 2016.
- LANZARA (D.)**, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, thèse, Paris II, 2017, dir. D. Mazeaud.
- OUDOUL (A.)**, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la convention EDH.*, thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2016, dir. A. Darsonville.
- PIERRE (F.)**, *La nature de l'écrit judiciaire devant les juridictions répressives françaises*, thèse, Aix-Marseille, 2011, dir. LASSALE J.-Y.
- PORTUESE (A.)**, *Le principe d'efficacité dans la jurisprudence européenne*, thèse, Paris II, 2012, dir. L. Vogel et B. Deffains.
- NUSSBAUM (M. C.)**, *L'art d'être juste*, Paris, Climats, 2015, p. 30, trad. de *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995.
- SCHOPENHAUER (A.)**, *L'art d'avoir toujours raison*, Paris, Mille et une nuits, 2006.
- STIEGLER (B.)**, *Dans la disruption. Comment ne pas devenir fou ?*, Paris, Les liens qui libèrent, 2016.
- SUPIOT (A.)**, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Paris, Fayard, 2015.
- TOCQUEVILLE (A.) (DE)**, *Oeuvres*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », t. 3, 2004.

III. Articles, chroniques, notes, observations, commentaires, rapports, conférences, communications

- AGOSTINI (F.) et MOLFESSIS (N.) (dir.)**, *Chantiers de la Justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, rapport au ministère de la Justice, 15 janv. 2018.

ALEXANDRE (L.) et BABEAU (O.), « Confions la justice à l'intelligence artificielle ! », *Les Echos*, 21 sept. 2016.

ALETRAS (N.), TSARAPATSANIS (D.), PREOTIUC-PIETRO (D.) et LAMPOS (V.), « Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights : a Natural Language Processing perspective », *PeerJ Computer Science*, 24 oct 2016.

ALGADI (A. S.), « La place des modes alternatifs de règlement des litiges dans la Justice du XXIème siècle », *Lexbase Hebdo Ed. G.* 2014, n° 588.

AMARO (R.), « L'« ubérisation » des professions du droit face à l'essor de la *legaltech* », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 3, p. 161 s.

AMRANI-MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n° 157, p. 2 s.

ANON., « Legal AI: It's not just for Big Law – Salazar Jackson and ROSS Intelligence », *artificiallawyer.com*, 09 janv. 2017.

ANGWIN (J.), LARSON (J.), MATTU (S.) et al., « Machine bias », *propublica.org*, 23 mai 2016.

ATTAL (M.), « Une nouvelle modification du RIN des avocats: vers une déontologie spécialisée », *Dr. et patri.* 2017, n° 270, p. 24 s.

AUGAGNEUR (L.-M.), « D'où jugez-vous ? Un paradoxe entre justice prédictive et réforme de la motivation des décisions », *JCP G* 2018, n° 13, p. 582 s.

BARTHE (E.) :

- « Supra Legem, un exemple de machine learning appliqué au droit », *precisement.org*, 18 juin 2017 ;

- « IA en droit, derrière la hype, la réalité », *precisement.org*, 02 mai 2018.

BAS (P.) (dir.), *Cinq ans pour sauver la justice*, Rapport pour le Sénat, 4 avr. 2017.

BELLESCIZE, (R.) (DE), « Faut-il légiférer sur l'anonymisation des décisions de justice ? », *LPA* 2006, n° 188, p. 3 s.

BENESTY (M.), « L'open data et l'open source, des soutiens nécessaires à une justice prédictive fiable ? », *JOAL* 2017, Vol. 5 n° 1.

BERANGER (H.), « Un bon avocat négociateur est avant tout un excellent plaideur », *JCP G* 2013, n° 18, p. 860 s.

BEYNEL (J.-F.) et CASAS (D.) (dir.), *Chantiers de la Justice. Transformation numérique*, rapport

au ministère de la Justice, 15 janv. 2018.

BOIZART (M.), « La valorisation des données numériques par la protection juridique des algorithmes », *Dalloz IP/IT* 2018, n° 2, p. 99 s.

BONAFFE (H.), « Predictice : grâce aux algorithmes, cette startup est capable de prédire l'issue d'une action en justice et d'optimiser les stratégies contentieuses des avocats », *ovh.com*, 07 juil. 2016.

BORE (L.), « Questions sur le projet de filtrage des pourvois », *Gaz. Pal.* 2018, n° 17, p. 87 s.

BORE (L.) (dir.), *La justice prédictive*, colloque Cour de cassation, 12 févr. 2018, notes personnelles.

BRAFMAN (J.), « Justice prédictive, l'augure des procédures », *Liberation.fr*, 23 févr. 2017.

BRETONNEAU (A.) et DOMINO (X.), « Dix ans d'urgences », *AJDA* 2011, n° 24, p. 1369 s.

CADIET (L.) (dir.), *L'open data des décisions de justice*, Rapport au ministre de la Justice, nov. 2017.

CIVIL JUSTICE CONCIL, *Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims*, rapport pour le *Master of the Rolls*, févr. 2015.

CHASSAGNARD-PINET (S.) :

- « Le e-règlement amiable des différends », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 506 s.

- « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 495 s.

CLEMENT (M.), « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA* 2017, n° 43, p. 2453 s.

CORDIER (G.), « Conditions générales de vente en ligne », *JCP E* 2012, n° 9, p. 40 s.

COULON (J.-M.) (dir.) :

- *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La Documentation Française, 1996 ;

- *La dépenalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, 2008.

COUSTET (T.), « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », *Dalloz actu.*, 16 oct. 2017.

CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main, Rapport sur les enjeux éthiques des*

algorithmes et de l'intelligence artificielle, 15 décembre 2017.

COUSTET (T.) :

- « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », *Dalloz actu.*, 16 oct. 2017.

- « Chantiers de la justice : 530 millions d'euros pour le virage numérique », *Dalloz actu.*, 17 janv. 2018.

CROZE (H.), « La factualisation du droit », *JCP G* 2017, n° 5, p. 174 s.

DARSONVILLE (A.), « Les habitudes politiques du législateur », in *Les habitudes du droit*, DISSAUX N. et GUENZOUY Y. (dir.), Paris, Dalloz, 2015, p. 47 s.

DEJARO (G.), « *Law et management* : l'influence des sciences de gestion sur la *juris dictio* », *Gaz. Pal.* 2014, n° 136-137, p. 15 s.

DONDERO (B.), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, n° 10, p. 532 s.

DUPRE (J.) et LEVY VEHEL (J.), « L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 500 s.

EID (I.), « Le numérique au cœur des professions juridiques », *Option Finance*, n° 1448, 5 févr. 2018 p. 47 s.

FAUVARQUE-COSSON (B.) et MAXWELL (W.), « Protection des données personnelles », *D.* 2018, n° 19, p. 1033 s.

FERRIE (S.-M.), « Intelligence artificielle : Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G* 2018, n° 11, 498 s.

FLEURIOT (C.), « Avec l'accès gratuit à toute la jurisprudence, des magistrats réclament l'anonymat », *Dalloz actu.*, 6 févr. 2017.

FULCHIRON (H.), « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014, n° 3, p. 153 s.

GARAPON (A.) :

- « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n° 01-02, p. 47 s.

- « Le devenir systémique du droit », *JCP G* 2018, n° 21, p. 1014 s.

GAUDREAULT-DESBIENS (J.-F.), « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, n° 4, p. 683 s.

GRAVELEAU (S.), « Parcoursup : « Les établissements sont devenus les principaux acteurs de la

sélection » », lemonde.fr, 31 mai 2018.

G'SELL (F.), « Vers la généralisation de l'évaluation en ligne des avocats ? », *JCP G* 2017, n° 27, p. 1301 s. ; note ss C. cass., Civ. 1°, 11 mai 2017, n° 16-13.669.

GURUSWAMY (K.), « *Data Science - Machine Learning vs Rules Based Systems* », linkedin.com, 06 oct. 2015.

HAERI (K.), *L'avenir de la profession d'avocat*, rapport au ministère de la Justice, févr. 2017.

HAND (D. J.), **MANILA (H.)** et **SMYTH (P.)**, « *Principles of data mining* », *Drug safety* 2007, vol. 30, issue 7, p. 621 s.

INSTITUT MONTAIGNE, *Justice : faites entrer le numérique*, rapport, novembre 2017.

IWEINS (D.) :

- « Les legaltech travaillent avec de grandes entreprises », *Les Echos Executives*, 28 mai 2018.

- « Publicité des avocats, du rêve à la réalité », *Gaz. Pal.* 2016, n° 23, p. 8 s.

KRIVINE (H.), « Distinguer causalité et corrélation », *cndp.fr*.

LIBERT (M.), « Lille: Les avocats testent un logiciel de «justice prédictive» », *20minutes.fr*, 12 févr. 2017.

JACQUIN (J.-B.), « Des associations dénoncent les comparutions immédiates », *Le Monde*, 20 févr. 2018.

JESTAZ (P.), **MARGUENAUD (J.-P.)** et **JAMIN (C.)**, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, n° 36, p. 2061 s.

JEULAND (E.), « Justice prédictive : de la factualisation au droit potentiel », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation* 2017, n° 2, dossier 9.

KOERING-JOULIN (R.), « Le juge impartial », *Justices* 1998, n° 10, p. 1 s.

LARRET-CHAHINE (L.), « La justice prédictive : nouvel horizon juridique », *lepetitjuriste.fr*, 11 juil. 2016.

LANGLEY (P.) et **SIMON (H. A.)**, « *Applications of machine learning and rule induction* », *Communications of the ACM*, vol. 38, issue 11, p. 54 s.

LESSIG (L.), « *Code is law. On liberty in Cyberspace* », *Harvard magazine*, 01 janv. 2000.

LEIMDORFER (F.), « Le pouvoir de nommer et le discours juridique : deux exemples d'acte de

parole en droit », *Sociétés contemporaines* 1994, n° 18-19, p. 148 s.

LAUGIER (S.), « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, t. 67, n° 4, 2004, p. 607 s.

LEROI-GOURHAN (A.), *Le geste et la parole II. La mémoire et les rythmes*, Albin Michel, 1965, p. 186.

MACKAAY (E.), « *History of Law and Economics* », in *Encyclopedia of Law & Economics*, BOUCKAERT B. et DE GEEST G. (dir.), Edward Elgar, 2000, p. 65 s.

MAGENDIE (J.-C.) (dir.), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, La Documentation française, 24 mai 2008.

MARCHAND (J.), « Justice prédictive : quand les avocats s'y mettent », *lesechos.fr*, 26 juin 2017.

MARZAL (T.), « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017, n° 4, p. 789 s.

MATTHEWS (R.), « *Storks deliver Babies* », robertmatthews.org, mars 2016.

MATHEY (N.), « Pour l'adoption du système métrique en droit de la consommation ! », *RD banc. fin.* 2015, n° 3 p. 42 s., Note sous CA Paris, pôle 4, ch. 9, 15 janvier 2015, *SA Laser Cofinoga contre Monsieur Bernard Aime*, n° 14/03029 et CA Paris, pôle 4, ch. 9, 12 janvier 2015, *SA Laser Cofinoga contre Drouin*, n° 14/08970.

MAURIN (L.), « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD civ.* 2015, n° 3, p. 517 s.

MEKKI (M.), « Les mystères de la *blockchain* », *D.* 2017, n° 67, p. 2160 s.

MOLFESSIS (N.), « Le code civil et le pullulement des codes », in *1804-2004, Le code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 309 s.

MOREAU (Y.) et DORNBIERER (C.), « Enjeux de la technologie de *blockchain* », *D.* 2016, n° 31, p. 1856.

MONIN (M.), « La hiérarchie des normes n'existe pas », *D.* 1999, n° 30, Dernière actualité.

MOUTOT (A.), « Affaire Cambridge Analytica : Zuckerberg reconnaît « des erreurs » », *lesechos.fr*, 21 mars 2018.

MUZNY (P.), « Quelques considérations en faveur d'une meilleure prévisibilité de la loi », *D.* 2006, n° 32, p. 2214.

NICAUD (B.), « Délai raisonnable et droit européen », *AJ pénal* 2017, n° 4, p. 163 s.

POLLAUD-DULIAN (F.), « Programme d'ordinateur. Originalité. Preuve. Éléments

d'appréciation », *RTD com.* 2013, p. 708 s. ; note sous C. cass., Civ. 1^e, 14 novembre 2013, n° 12-20.687.

PREVOST (J.-B.), « Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques », *Gaz. Pal.* 2018, n° 04, p. 43 s.

PREVOST (S.) et SIRINELLI (P.) :

- « Lignes de code(s) », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 10, p. 485.

- « Madame Irma, Magistrat », *Dalloz IP/IT* 2017, n° 11, p. 557.

PUECH (F.), « Médecine fœtale et médecine prédictive », in *La bioéthique, pour quoi faire ?*, PUF, 2013, p. 251 s.

RAVEL D'ESCLAPON (T.), « L'obligation de renseignement du prêteur », *LPA* 2017, 28 juil., n°150, p. 4 s.

REMUS (D.) et LEVY (F.), « *Can robots be lawyers ?* », *SSRN* 2016, 27 nov. 2016.

ROBERT (M.), « Jacques Lévy Véhel & Jérôme Dupré (Case Law Analytics) : « Le droit devient un objet mathématique » », *magazine-decideurs.com*, 17 févr. 2017.

ROZEC (P.) et THIEBAUT (L.), « Intelligence artificielle : les limites de la justice prédictive », *lesechos.fr*, 02 nov. 2017.

ROZENFELD (S.), « Adrien Basdevant : Les données : la nouvelle ingénierie du pouvoir », *Expertises* 2018, n° 434, p. 134 s.

SCHULER (M.) et ZNATY (B.), « Quelle protection juridique pour l'algorithme ? », in *La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, INPI, p. 40 s.

STEINMANN (B.), « Budget de la justice : 10^e préparation sous le régime de la LOLF », *D.* 2014, n° 25, p. 1148.

SUPIOT (A.) :

- « Grandeur et petites des professeurs de droit » *Les Cahiers de droit* 2001, vol. 42, n° 3, p. 595 s. ;

- « Le rêve de l'harmonie par le calcul », *Le monde diplomatique*, 1^{er} fevr. 2015.

TAVITIAN (L.), « Justice prédictive : vers une analyse très fine du risque juridique... », *village-justice.com*, 22 mars 2017.

TESTU (F.-X.), « Responsabilité civile et propriété des idées en matière de brevets et de savoir-

faire », *RCA* 2017, n° 5, p. 40 s.

THOMAS (V.), « La RSE dans le droit des sociétés », *RLDA* 2013, n° 84, p. 95 s.

TOURNIER (R.), « Les techniques de motivation des décisions de justice », *RLDC* 2012, n° 89, p.80 s.

TUAL (M.), « Intelligence artificielle : toujours plus puissant, AlphaGo apprend désormais sans données humaines », *lemonde.fr*, 18 oct. 2017.

VIGNEAU (V.), « Le passé ne manque pas d'avenir », *D.* 2018, n° 20, p. 1195 s.

VILLANI (C.) (dir.), *Donner un sens à l'intelligence artificielle*, Rapport au Premier ministre, 8 mars 2018.

WEYEMBERGH (M.), « J. ELLUL ET M. HEIDEGGER. Le prophète et le penseur » in *Sur Jacques ELLUL*, dir. TROUDE-CHASTENET P., PUF, 2004, p.86.

IV. Articles d'encyclopédies ou de dictionnaires

CORNU (G.) (dir.), V°« Justice », in *Vocabulaire juridique*, 12e éd., Paris, PUF, 2018.

GAFFIOT (T.), in *Dictionnaire illustré latin-français*, Paris, Hachette, 1934 :

- V° « *dictio* » ;

- V° « *prae* » ;

- V° « *praedictio* » .

JEUGE-MAYNART (I.) (dir.), *Le grand Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2016 :

- V° « prédication » ;

- V° « prédictible » ;

- V° « prédictif » ;

- V° « prédiction ».

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	1
INTRODUCTION.....	3
Chapitre I. La fonction immédiate de la justice prédictive : l'aide à la décision.....	17
Section I. Les moyens actuellement à la disposition de la justice prédictive.....	17
I. Présentation des legaltech et des fonctions de leurs instruments de justice prédictive	18
A. Predictice.....	18
B. Case Law Analytics.....	21
C. Supra legem.....	22
D. Jurisdata Analytics.....	23
II. L'exclusion de la matière pénale par les acteurs de la justice prédictive.....	23
Section II. Une fonction utile au règlement des litiges : la justice augmentée.....	26
I. Une fonction au service des professionnels du droit.....	26
A. Une connaissance augmentée de l'application du Droit.....	26
1. Une meilleure compréhension des faits déterminants dans la conviction du juge....	26
2. Une meilleure connaissance du contenu des décisions.....	29
a. Une meilleure connaissance de la décision « normale ».....	29
b. Une meilleure connaissance des disparités juridictionnelles régionales.....	30
B. Une redistribution des tâches des professionnels.....	31
1. Pour le juge.....	31
a. Un allègement du travail du juge.....	31
α. Un allègement qualitatif.....	31
β. Un allègement quantitatif.....	33
b. Le juge recentré sur des tâches plus complexes.....	34
2. Pour l'avocat.....	36
a. Un allègement du travail de l'avocat	36
b. L'avocat recentré sur des tâches plus complexes.....	36
II. Une fonction au service du justiciable.....	37
A. Une prévisibilité juridique augmentée.....	38
1. Le besoin de prévisibilité dans l'application de la norme.....	38
2. Les apports de la justice prédictive.....	39
B. Une célérité accrue.....	40
Section III. Une fonction porteuse de nombreux dangers.....	42
I. Les dangers liés à la technique en elle-même.....	42
A. Dans sa conception.....	42
1. Un système basé sur la logique du précédent.....	43
2. Un système corrélatif.....	44
B. Dans sa mise en place.....	45
1. L'opacité des algorithmes de justice prédictive.....	45
a. La nécessité de la transparence.....	46
b. Les freins à la transparence.....	48
2. Le risque d'atteinte à la vie privée des justiciables.....	50
II. Les dangers tirés des conséquences de l'utilisation des instruments de justice prédictive.	52
A. Un danger pour les professionnels du droit.....	53
1. Pour le juge.....	53
a. L'emploi de son nom dans le cadre de l'analyse des décisions en open data.....	53
b. Le risque d'atteinte à leur impartialité.....	54
c. Les difficultés liées à la motivation des décisions.....	57
2. Pour l'avocat.....	58

B. Les dangers pour le droit.....	60
1. Le risque de normativité de la justice prédictive.....	60
a. Le risque performatif de la justice prédictive.....	60
b. Les dangers liés à la performativité de la justice prédictive.....	62
2. Le risque d'atteinte à la structure de notre Droit.....	63
a. La factualisation du droit.....	64
b. La jurisprudence au cœur du droit.....	65
Chapitre II. La fonction potentielle de la justice prédictive : la prise de décision.....	69
Section I. Les limites à court terme de prises de décision par la justice prédictive.....	69
I. D'importantes limites techniques.....	70
A. Les limites à la compréhension du langage par la machine.....	70
B. Les limites à la compréhension du machine learning.....	72
II. D'importantes limites juridiques.....	73
A. La protection du justiciable par le droit.....	73
1. Un régime juridique des décisions algorithmiques protecteur pour les justiciables...73	
2. Une protection générale des justiciables par le droit à un procès équitable.....	75
a. Le recours à la justice prédictive en amont du procès.....	75
b. Le recours à la justice prédictive au cours du procès.....	77
B. Les limites de l'apport de la justice prédictive pour le droit.....	78
Section II. La possible concrétisation de prises de décisions par la justice prédictive.....	81
I. Une réalisation conforme à la logique historique.....	81
A. La gouvernance par les nombres	81
B. Une société de la délégation aux machines.....	84
C. La réalisation du risque.....	86
1. A moyen terme dans le milieu privé.....	86
2. A long terme au niveau étatique.....	88
III. Un contrôle nécessaire.....	89
A. Par les acteurs eux-mêmes.....	89
1. Le contrôle par les entreprises de justice prédictive.....	89
2. Le contrôle par les acteurs du procès.....	91
B. Par l'État démocratique.....	91
CONCLUSION.....	94