

La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence. Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ?*, vol. II, 2022.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman — <https://benoitfrydman.com/fr/report/2022-la-diffusion-des-donnees-decisionnelles-et-la-jurisprudence>

Benoit Frydman

Réponses au questionnaire du groupe de réflexion de la Cour de cassation de France sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence¹

En préalable, il me semble indispensable de préciser « d'où je vous parle » à savoir de Bruxelles.

Dans l'ordre juridique belge, le pouvoir judiciaire constitue un véritable pouvoir constitué, très jaloux de son indépendance notamment à l'égard du pouvoir exécutif et de l'administration. La jurisprudence est considérée comme une source importante du droit depuis la fin du 19^e siècle. La jurisprudence constitue le point focal de l'étude et de l'enseignement du droit dans toutes les universités et tout particulièrement à l'ULB.

Je suis pour ma part un chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit où nous poursuivons l'approche pragmatique du droit caractéristique de l'École de Bruxelles². Cette École considère le droit non pas tant comme un système logique ou politique de normes ou d'institutions que comme le produit d'une lutte perpétuelle pour le droit arbitrée par les institutions et tout particulièrement par les juges.

Il serait artificiel et franchement impossible pour moi de faire abstraction de cette culture et de cette philosophie dans la manière dont j'aborde vos questions. Il m'a paru nécessaire de vous en avertir car cela pourrait influencer la manière dont vous souhaiterez interpréter mes réponses.

- S'il vous semble que la notion de jurisprudence a déjà pu évoluer depuis la fin du 19^e siècle et le début du 20^e siècle, comment expliqueriez-vous et caractériseriez-vous cette évolution ? Comment peut-on évaluer la part de la pratique et de la doctrine dans cette éventuelle évolution ?

Le passage du 19^e au 20^e siècle est marqué dans la culture juridique occidentale, tant dans les pays de droit écrit qu'en *common law*, par un changement de modèle dans la conception du droit en général et de l'office du juge en particulier³. En France notamment, les courants sociologiques, comme le mouvement de la libre recherche scientifique,

1. Ce rapport écrit reproduit et complète l'audition à Paris du 14 mars 2022 de B. Frydman par le Groupe de réflexion de la Cour de cassation.

2. Sur l'École de Bruxelles, voyez F. Audren, B. Frydman et N. Genicot (dir.), *La naissance de l'École de Bruxelles* et B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 2022 (sous presse).

3. Pour une analyse détaillée de ce modèle et de ce qui suit, on peut consulter B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e édition, 2011, spécialement ch. 7 et suivants.

La diffusion des données décisionnelles et la jurispr...

tendent d'émanciper les magistrats du modèle historico-philologique dominant au 19^e siècle de la soumission totale du juge au texte de la loi et à la volonté du législateur. Ils démontent pour ce faire le mythe logique du système univoque, cohérent et surtout complet de la législation pour tenter de créer l'espace nécessaire à la mise en place d'une méthode qui prétend réduire les droits à des intérêts et découvrir la solution du litige par la mise en balance de ceux-ci afin de privilégier l'intérêt matériel ou moral prépondérant ou d'installer une situation d'équilibre. Ce courant qui, en France particulièrement, sera bientôt battu en brèche tant au Palais qu'à la Faculté, influence l'évolution du droit civil notamment (notion élargie du dommage réparable et donc du domaine de la responsabilité, théorie de l'abus de droit, troubles de voisinage...) mais également du droit administratif (proportionnalité) et pénal (dangerosité).

Toutefois, contrairement à la tendance dans d'autres pays, le modèle sociologique ne pénètre que marginalement à l'Université et au Palais. Au contraire, la France renouvelle, peut-être à cause de l'avènement de la 5^e République, son attachement à une forme de normativisme, vaguement référé à Kelsen, qui débouche sur une conception très verticale des institutions judiciaires et des juridictions administratives, ainsi que des rapports de celles-ci avec les normes législatives et réglementaires.

A partir des années 1990, le modèle de la balance des intérêts connaît de nouvelles avancées dans la théorie (notamment par l'importation de l'analyse économique du droit américaine) et dans la pratique. Celles-ci opèrent dans toute l'Europe par infusion des juridictions européennes, la CJUE dans le contentieux économique, mais aussi la CEDH et par le biais des cours constitutionnelles nationales qui se généralisent et gagnent en influence. Toutes ces juridictions, en même temps qu'elles fragilisent et relativisent la notion de juridiction « suprême », qui dit le dernier mot sur le droit, pratiquent très extensivement la balance des intérêts et des valeurs. Cette diffusion s'opère particulièrement à travers la prééminence qu'acquièrent les droits humains, ayant acquis la valeur de normes positives internationales ayant effet direct obligatoire dans les ordres internes, désormais systématiquement invoqués dans toutes les affaires. Or, de manière paradoxale, puisque les droits humains représentent des droits individuels qui peuvent être opposés aux intérêts du groupe et de la majorité, les conflits de droits de l'homme ou les restrictions aux droits humains sont systématiquement envisagés par la CEDH par le prisme de la balance des intérêts, qu'il s'agisse des intérêts privés des parties ou de l'intérêt privé comparé à l'intérêt public et aux moyens mobilisés pour faire triompher ce dernier.

Or ce modèle de balance des intérêts contribue à affaiblir l'idée que le juge applique et interprète des règles générales à un cas particulier pour favoriser celle qu'il arbitre des conflits d'intérêts et de valeurs

Benoit Frydman

en procédant pour chaque espèce à une balance des intérêts dont le résultat est spécifique à l'affaire, la juridiction supérieure et la CEDH se bornant à mesurer que la décision contrôlée n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation dans cette mesure.

L'extension progressive du modèle de la balance des intérêts conduit ainsi à une transformation d'un nombre croissant de questions de droit en questions d'espèce, ce qui déclenche un intérêt accru pour les études statistiques des espèces tranchées et singulièrement de leurs éléments factuels, lesquelles études se développant d'autant mieux que les progrès des sciences de l'information, notamment la numérisation, les bases de données et leur traitement, permettent de réaliser celles-ci beaucoup plus aisément et à moindre coût.

- Que recouvre selon vous aujourd'hui la notion de jurisprudence ? Spécialement, recouvre-t-elle seulement des décisions rendues par la Cour de cassation ou peut-on considérer d'ores et déjà qu'elle comprend les décisions rendues par les juges du fond et, si oui, lesquelles ?

Je définis la jurisprudence comme l'ensemble des décisions judiciaires et les enseignements que l'on peut retirer de leur étude quant à l'état du droit positif. Le terme de « jurisprudence », dans son emploi courant par les professionnels du droit, a un champ d'application variable qui recouvre à la fois les deux définitions proposées dans la lettre de mission du groupe de réflexion. On parle ainsi de la jurisprudence française ou européenne, mais aussi de la jurisprudence d'une juridiction comme la Cour de cassation, ou bien d'une juridiction spécifique fût-elle locale, d'un type de juridiction comme la jurisprudence administrative, d'un niveau de juridiction comme la jurisprudence des cours d'appels ou d'une matière comme la jurisprudence commerciale, sociale ou fiscale.

- L'augmentation de la diffusion des décisions des juges du fond pourrait-elle subvertir la notion actuelle de jurisprudence ? À tout le moins, vous semble-t-elle de nature à accroître la vocation jurisprudentielle des décisions des juges du fond et, en ces cas, dans quelle mesure ?

Il ne me semble pas que l'usage du terme « jurisprudence » implique en droit français une portée normative (bien que ce soit normalement le cas de tous les concepts juridiques), à savoir que son usage légitime se limite à la jurisprudence qu'il serait permis d'invoquer comme source du droit. On sait d'ailleurs que, assez étrangement depuis un point de vue comparatif, le débat doctrinal sur le caractère de source du droit de la jurisprudence n'a jamais été clos dans la doctrine française. On sait aussi que les pays de droit civil ignorent généralement la notion de précédent obligatoire. Je ne pense pas que les évolutions étudiées modifient ce point en théorie du droit.

La diffusion des données décisionnelles et la jurispr...

Le fait que la jurisprudence des juges du fond et des juridictions locales sera davantage prise en compte par les nouveaux outils et ceux qui les mobiliseront me paraît évidente. Il n'en résulte pas pour autant que la jurisprudence changera de statut à cette occasion quant à sa force et sa légitimité. Certes, il existe des sensibilités particulières ou des cultures propres à un juge ou à une juridiction. Des études statistiques américaines et autres l'ont abondamment démontré depuis un bon siècle. Et il est naturel que les plaideurs s'en servent. On ne plaide pas forcément de manière identique selon le juge qu'il s'agit de persuader. Mais cela ne signifie aucunement qu'il soit légitime pour le juge ou la juridiction de prendre appui sur cette sensibilité, culture, qui s'exprime dans sa jurisprudence, pour fonder sa décision en droit et justifier ainsi d'un éventuel écart avec d'autres juridictions égales ou supérieures et certainement pas par rapport à la Cour de cassation. La règle en la matière est et restera l'égalité dans l'application du droit (*treat like cases alike*). La mission de la Cour de cassation d'assurer l'unité de la jurisprudence la conduira demain comme hier et peut-être encore davantage qu'hier à sanctionner ce type d'écarts (v. *infra*).

- Cette évolution pourrait-elle/devrait-elle impliquer une modification du type d'argumentation développé par les parties, une modification de leurs modes de communication, en ce compris la rédaction de leurs écritures, une modification de l'office des juges du fond (possibilité de citer un précédent, obligation de motiver davantage une décision qui s'écarterait d'un précédent par exemple, admission des opinions divergentes ou dissidentes, etc.) ? En contrepoint, quelle pourrait être l'évolution du rôle de la Cour de cassation ?

1° L'*open data* en matière de décisions judiciaires modifiera très probablement l'argumentation devant les juridictions et en conséquence les motivations des juges qui y répondent, ainsi que la logique juridique elle-même et plus fondamentalement le contenu de la jurisprudence et partant du droit positif, c'est-à-dire du droit tel qu'il est effectivement appliqué.

La numérisation des décisions de justice, voire d'autres pièces du dossier de la procédure, permettra un traitement systématique de données qui n'ont pas jusqu'ici été incorporées dans les répertoires de jurisprudence et les moteurs de recherche des premières générations. Cette numérisation permettra notamment aux outils de traitement de l'information, d'analyse et de présentation de celle-ci d'intégrer des circonstances de faits nouvelles qui pourront éventuellement être prises en compte par les juges.

Pour illustrer cette thèse, prenons un exemple purement théorique emprunté au droit du travail. Imaginons que le vol par un travailleur d'un bien appartenant à l'employeur soit considéré en droit par la jurisprudence comme une faute grave justifiant le licenciement

Benoit Frydman

immédiat du travailleur sans préavis ni indemnité. Disons que cette jurisprudence s'applique notamment au cas où le travailleur prend un article mis en vente par l'employeur en rayon et ne le paie pas à la caisse, quoique les décisions des juges du fond ne soient pas unanimes sur ce point. La numérisation des décisions judiciaires et leur libre accès permettra de pénétrer plus avant dans les décisions des juges pour tenter d'y trouver des éléments permettant de distinguer les critères de leurs décisions lorsqu'ils reconnaissent ou non la faute grave en plusieurs catégories (segmentation). Ainsi, ce type de traitement pourrait par hypothèse montrer que la faute grave est moins souvent reconnue lorsque le travailleur mis en cause est une mère de famille célibataire pauvre et que le produit dérobé est de première nécessité pour l'enfant, comme du lait en poudre par exemple. Cette information pourrait constituer un argument en faveur de la travailleuse. Un traitement de même type pourrait montrer une différence dans la jurisprudence selon que l'employeur est une grande surface ou une épicerie de quartier ou de village. L'avocat de l'employeur pourrait y trouver un contre-argument pour justifier la condamnation de la travailleuse.

Ces avocats pourront tirer de leurs outils des *arguments statistiques* complémentaires, tels que, par exemple, « dans 70% des cas où l'employée est une mère célibataire pauvre, la faute grave n'a pas été retenue par le juge du fond ». Notez que ce type d'argument pourrait être invoqué quand bien même la question du statut de la travailleuse n'a pas été discutée comme telle dans la motivation. Ceci n'entraînerait ici un glissement dans le fonctionnement de la raison judiciaire.

Dans quelle mesure les juges tiendront-ils compte ou pourront-ils tenir compte de telles circonstances dans leur jugement. L'étude de la jurisprudence enseigne que les circonstances de fait spécifiques à l'affaire peuvent former la base d'une distinction (*distinguishing*) permettant de justifier une différence de traitement dans l'application de la loi, notamment par rapport à des précédents. C'est là l'un des moteurs éternels de l'évolution et de la création jurisprudentielles.

Mais pourrait-on ainsi passer d'une différence purement factuelle à une différence de régime juridique? C'est effectivement ce que l'observation enseigne de manière certaine, même si certains observateurs sont amenés à ne pas le voir ou à le contester catégoriquement, notamment sur la base de théories bien établies comme la loi de Hume (*no ought from an is*) ou de la formule du syllogisme judiciaire, qui prend bien soin de séparer les questions de fait des questions de droit, selon une méthode qui conserve toute sa place dans la formation du juriste et dans la jurisprudence, tout particulièrement dans celle de la Cour de cassation, qui ne connaît que du droit et non des faits.

La diffusion des données décisionnelles et la jurispr...

Les travaux de l'École de Bruxelles au début des années 1960 ont cependant montré qu'il n'existe entre les faits et le droit qu'une différence de degré et non de nature⁴. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur sa propre compétence limitée aux questions de droit à l'exclusion des questions de faits, la Cour décide, d'ailleurs de manière variable dans le temps, s'il est justifié d'abstraire d'un ensemble de (ou même d'une seule) décisions préalables une véritable notion juridique dont la Cour pourra, dans l'affirmative, vérifier si elle a été correctement appliquée par la décision déferée à sa censure. Pour l'exprimer autrement à la manière des logiciens et des mathématiciens, la distinction entre le fait et le droit correspond à la différence entre la définition d'une classe ou d'un ensemble en extension, c'est-à-dire par l'énumération de ses éléments, et la définition en intension, c'est-à-dire par l'énoncé d'une propriété commune que ces éléments partagent. Voici qui permet d'expliquer ce mystère (qui n'est tel qu'en raison de l'ontologie dominante) du passage du fait au droit, laquelle s'opère principalement par le moyen de la jurisprudence.

Certes, dans ce schéma, la Cour de cassation pourra conserver le dernier mot sur le passage ou non à la notion juridique qui fera entrer la distinction, la catégorie, la théorie dans le champ du droit positif.

2° Je pense que les nouveaux outils d'exploitation des décisions judiciaires numérisées modifieront également en profondeur non pas la mission de la Cour de cassation, qui est d'assurer l'unité de la jurisprudence et partant l'égalité dans l'application du droit, mais la manière dont elle pourra exercer celle-ci. La Cour de cassation me semble appelée dans l'exercice de cette mission à faire un usage intensif, voire systématique, des bases de données judiciaires, ce qui peut justifier le fait qu'elle souhaite jouer un rôle particulier, de donneur d'ordre ou de pilote, dans la construction de tels outils.

On sait en effet que la Cour de cassation se préoccupe depuis longtemps du contrôle et de la réduction des divergences dans l'application de la loi sur le territoire et par les différentes juridictions. Il est peu conforme à l'égalité qu'un voleur de pommes soit condamné à une amende dans l'ouest et à la prison ou au bracelet électronique dans l'est. Il paraît assez évident que les nouveaux outils en construction permettront non seulement d'avoir une connaissance bien plus intime et rapide de ces divergences, mais également à la Cour de cassation d'innover en créant de nouveaux moyens de les résorber. Je n'entre pas ici dans le détail de ces techniques. En substance, il me paraît que l'évolution technique est de nature à accroître l'efficacité de l'action de la Cour de cassation dans sa mission d'assurer l'unité ou du moins

4. Ch. Perelman (dir.), *Le fait et le droit, Dialectica*, 1961, n° 1 et 2; Bruylant, 1961. Pour une analyse synthétique de cette question, B. Frydman, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique », in *Le droit selon l'École de Bruxelles*, op. cit., p. 118-120.

Benoit Frydman

de réduire les divergences et les contradictions dans l'application des lois, sans préjudice ce qui a été dit en 1°.

- Au-delà, si évolution il devait y avoir, que nous dirait-elle de la place de la jurisprudence parmi les autres sources du droit aujourd'hui ? Plus encore, que pourrait-elle nous indiquer de l'évolution du droit lui-même ?

D'après nos réflexions et les travaux entrepris plus largement sur l'évolution du droit et des instruments de régulation dans les sociétés numériques contemporaines, l'innovation technologique dans le domaine de la justice, notamment par la numérisation des dossiers et des décisions et leur traitement y compris par les moyens dits de l'intelligence artificielle, qu'ils soient symboliques ou connexionnistes, produira des effets majeurs sur l'évolution du fonctionnement des juridictions et plus généralement du droit et de la jurisprudence. Comme dans les autres domaines, les évolutions en cours favorisent l'émergence de nouveaux instruments normatifs, tels que les normes techniques et la standardisation, les labels de qualité et les indicateurs de performance. Je me bornerai ici à une seule observation détaillée relative au développement et à la réglementation d'outils de prédiction ou d'aide à la décision judiciaire qui seront développés sur base de la totalité des décisions numérisées et publiées.

L'invention de nouveaux médias a eu des conséquences importantes sur l'évolution du droit et de la justice et le rôle de la jurisprudence dans le passé comme le passage de l'oralité à l'écriture, l'invention de l'imprimerie et l'informatisation des métiers du droit. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment des nouvelles techniques de traitement des données numériques, y compris celles dites d'intelligence artificielle. Il importe dès lors de se montrer très attentif comme le fait la Cour de cassation et votre groupe de réflexion aux voies et moyens de la numérisation et à leur utilisation.

Il faut considérer avec une attention particulière à cet égard la *proposition de règlement européen du 21 avril 2021 établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle*. Ce règlement prévoit que les règles régissant les applications d'IA seront fixées, en fonction de leur niveau de risque, au niveau européen, en limitant fortement les possibilités des États membres de fixer des règles supplémentaires, plus ou moins rigoureuses. Cela est vrai y compris pour les techniques d'IA qui concernent les services publics et singulièrement la justice. Selon l'annexe III de la proposition de règlement, seront considérés comme des applications à haut risque et donc soumises comme telles au régime de « gestion des risques » mis en place par le règlement non seulement des applications relatives à la justice répressive (no-

La diffusion des données décisionnelles et la jurispr...

tamment les outils de prédiction de la récidive du type *Compas*)⁵ mais aussi spécifiquement « les systèmes d'IA destinés à aider les autorités judiciaires à rechercher et à interpréter les faits et la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits »⁶.

Le considérant 40 de la proposition de règlement se montre plus explicite :

Certains systèmes d'IA destinés à être utilisés pour l'administration de la justice et les processus démocratiques devraient être classés comme étant à haut risque, compte tenu de leur incidence potentiellement significative sur la démocratie, l'état de droit, les libertés individuelles ainsi que le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. En particulier, pour faire face aux risques de biais, d'erreurs et d'opacité, il convient de classer comme étant à haut risque les systèmes d'IA destinés à aider les autorités judiciaires à rechercher et à interpréter les faits et la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits. Cette qualification ne devrait cependant pas s'étendre aux systèmes d'IA destinés à être utilisés pour des activités administratives purement accessoires qui n'ont aucune incidence sur l'administration réelle de la justice dans des cas individuels, telles que l'anonymisation ou la pseudonymisation de décisions judiciaires, de documents ou de données, la communication entre membres du personnel, les tâches administratives ou l'allocation des ressources⁷.

Ce règlement européen met en réalité en place les bases d'un système de certification et de labellisation CE des produits d'intelligence artificielle. Ce système est bien connu puisqu'il est similaire à celui mis en oeuvre par la Commission Delors pour la réalisation du marché unique et qui fonctionne et étend son empire depuis 20 ans. Il reposera sur des normes techniques mises en place par les comités de normalisation européens, qui tendront eux-mêmes à se référer à des standards globaux. Ceux-ci sont d'ores et déjà bien avancés en la matière avec plusieurs normes et de l'ISO et surtout la série des normes P7000 élaborées par l'IEEE. Ces normes n'ont de « technique » que la forme et le nom car elles règlent explicitement des questions juridiques de première importance comme les modalités du respect des droits fondamentaux par les applications. Il est donc très important de surveiller de près ces travaux notamment par le biais des représentants français dans ces organes de normalisation, qui ne sont cependant pas du tout

5. Voir dans le détail Annexes à la proposition de règlement, annexe III, domaine 6, a) à g), p. 5-6.

6. Annexe III, domaine 8, p. 6-7.

7. Proposition de règlement op. cit., p. 33.

Benoit Frydman

des organisations interétatiques, mais des groupes dominés par des industriels et des ingénieurs⁸.

Cette délégation annoncée de la réglementation européenne des logiciels d'aide à la décisions judiciaire vers la normalisation technique annonce la prolifération à moyen terme de ce type d'outils sur les marchés européens et français. Ceci d'autant plus que seuls les logiciels « destinés à aider les autorités judiciaires (...) » sont considérés à haut risque à l'exclusion des outils, en réalité semblables, à destination d'autres acteurs intéressés comme les avocats, les juristes d'entreprise, les compagnies d'assurance, etc., qui ne pourront être soumis qu'à un contrôle des plus légers. Nous savons d'ailleurs que certains logiciels sont d'ores et déjà présents sur le marché français et se présentent très ambitieusement comme des « intelligences artificielles » alors qu'ils reposent en réalité sur des techniques statistiques assez rudimentaires et déjà connues. Mais d'autres outils reposant sur des techniques plus sophistiquées suivront bientôt.

L'observation des développements dans le domaine distinct mais voisin des logiciels d'aide aux décisions administratives, tant en France que dans les autres pays, montre une grande appétence des autorités publiques pour ce type d'outils, ainsi qu'une tendance malheureuse à mettre en œuvre ceux-ci sans qu'ils aient été développés et testés suffisamment, parfois avec des conséquences assez dramatiques pour les usagers du service public et la qualité de celui-ci⁹. Il semble que les informaticiens aient réussi à transmettre à l'administration leur culture « agile » qui consiste à « faire tourner » des applications en rodage et à les améliorer « au fil de l'eau ». Il n'est pas nécessaire d'insister ici sur les risques inacceptables qu'une telle méthode feraient courir à l'institution judiciaire en cas d'usage à grande échelle de logiciels affectés de biais, produisant des erreurs, etc.

Dans cette situation, la Cour de cassation, ou plus largement les pouvoirs publics compétents, seront confrontés à des choix importants. La première option, qui paraît s'imposer d'évidence, consistera à interdire aux magistrats de recourir à de tels logiciels, du moins tant qu'ils ne présenteront pas les qualités jugées suffisantes aux yeux des autorités judiciaires nationales. Cependant, cette interdiction pure et simple risque de créer progressivement une asymétrie de moyens et d'information entre les magistrats et les avocats ou même la doctrine, qui sera difficile à tenir notamment pour satisfaire à l'obligation de motivation des décisions judiciaires. Imaginons-nous aujourd'hui d'interdire aux magistrats le recours aux moteurs de recherche pour-

8. Pour un examen en détail de ces questions, le lecteur peut consulter : B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs*, Bruylant, 2013.

9. Voyez en détail sur cette question : B. Frydman, « Le contrôle juridique des algorithmes », *Liber amicorum Dieux*, Larcier, 2022, p. 727-757.

La diffusion des données décisionnelles et la jurispr...

tant privés à l'utilisation desquels tous les juristes sont formés dès les premières années de faculté ?

L'autorisation qui serait donnée aux magistrats de recourir à de tels outils futurs, à supposer qu'ils soient disponibles sur le marché, n'est pas non plus satisfaisante ni même acceptable. Comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour des décisions administratives prises à l'aide d'algorithmes dits « propriétaires », c'est-à-dire ces logiciels dont la propriété intellectuelle appartient à une personne privée qui concède à titre onéreux ou même gratuits des licences d'utilisation, l'usage par l'administration pose à la fois des problèmes de transparence et de confidentialité¹⁰ : transparence car l'administration se trouve limitée dans son obligation légale d'expliquer complètement le fonctionnement de l'algorithme qui a suggéré la décision ; confidentialité car l'intelligence artificielle se nourrissant et « apprenant » par le moyens de nouvelles données, il est à craindre que le propriétaire de l'application utilise à son profit le résultat des consultations de son application.

En réalité, la seule solution acceptable à moyen terme semble la mise au point sous la responsabilité des autorités judiciaires d'un algorithme spécifique, respectueux de toutes les règles constitutionnelles, légales, réglementaires et déontologiques relatives à l'exercice du pouvoir judiciaire, à l'office du juge, à la prise de décisions judiciaires et à leur motivation, mais aussi présentant toutes les garanties de performance, d'absence de biais ou d'erreurs, de transparence etc. qui s'imposent à une application aussi délicate et effectivement « à haut risque ». Fort heureusement, ce choix d'une application publique spécifique me paraît conforme aux pratiques habituelles et à la culture de la République française.

Ceci est un chantier très lourd, périlleux, qui semblera aujourd'hui peut-être spéculatif, mais qui s'inscrit logiquement comme la prochaine étape dans la droite ligne de l'*open data* judiciaire et des évolutions technologiques en cours, dans un contexte social et politique favorable à de tels développements. Il convient dès lors, à mon avis, de s'en préoccuper dès à présent.

10. B. Frydman, « Le contrôle juridique des algorithmes », *op. cit.*, spéc. p. 745 et s.