



L'évolution du service public par l'open data

Raphaël Déchaux

► To cite this version:

Raphaël Déchaux. L'évolution du service public par l'open data : Retour sur l'exigence de publication des décisions de justice. *Revue française de droit constitutionnel*, 2021, 125, 43 p. hal-03135359

HAL Id: hal-03135359

<https://amu.hal.science/hal-03135359>

Submitted on 7 Nov 2022

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

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

L'ÉVOLUTION DU SERVICE PUBLIC PAR L'OPEN DATA

Retour sur l'exigence de publication des décisions de justice

Raphaël DÉCHAUX¹

publié in *RFDC*, 2021, n° 125, pp. 1 à 43.

Le service public a connu de nombreuses mutations depuis la fin du XX^e siècle : européanisation², nouvelle gestion publique (*new public management*)³, institutionnalisation de la performance⁴... Ces bouleversements – parfois qualifiés de crise⁵ – ont essentiellement été motivés par une idéologie d'ordre *économique*, que ses opposants qualifient de « néo-libérale ». D'autres éléments influencent, sans doute de façon plus anecdotique pour l'instant, la fonction et la gestion du service public : on songe par exemple à la *sécurité* (face au terrorisme et, désormais, face à la crise sanitaire) ainsi qu'au *développement durable*. Depuis quelques années, une nouvelle transformation est en cours : elle repose cette fois-ci sur une évolution *technologique*, la révolution numérique de la « société de l'information ». Celle-ci possède plusieurs aspects : communication par Internet, développement des réseaux sociaux, cybersécurité, dématérialisation, intelligence artificielle... Parmi ces instruments, l'open data – la diffusion libre des données⁶ – fait l'objet d'une attention particulière. Car l'open data dépasse la simple « numérisation » de l'administration : ce n'est pas vraiment un outil technologique, c'est un *mouvement* (certains vont jusqu'à le qualifier de philosophie)⁷. L'open data a comme caractéristique première d'être transversale : elle a vocation à s'appliquer tant

¹ Maître de conférences de droit public, membre du GERJC-Institut Louis Favoreu (CNRS UMR 7318), Université d'Aix-Marseille. Cette étude est à jour du décret du 29 juin 2020 mettant en œuvre les articles 20 et 21 de la loi Lemaire, elle constitue la version écrite d'une présentation effectuée lors de la III^e université d'été de l'Institut Louis Favoreu sur « La justice prédictive », dont les actes seront publiés dans le volume XXXV-2019 de l'*AJJC* en 2020.

² G. J. Gugliemi, G. Koubi et M. Long, *Droit du service public*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 4^e éd., 2016, p. 139 à 210.

³ C. Moniolle, « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », *AJFP*, 2010, p. 234. Nous renvoyons le lecteur aux doubles numéros qu'a consacré la *RFAP* en 2003 à *La réforme de l'État et la nouvelle gestion publique* (n° 105-106).

⁴ J. Chevalier, « Le droit administratif vu de la science administrative », *AJDA*, 2013, p. 401.

⁵ J.-M. Rainaud, *La crise du service public français*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1999, 128 p.

⁶ L'open data est un concept qui s'est développé en anglais avec une signification précise ne correspondant pas tout à fait à sa traduction littérale. C'est la raison pour laquelle nous ne le traduisons pas en français, et l'écrivons sans le mettre en italique, ainsi que le veut la convention.

⁷ P. Desmarais, « La réforme de l'open data suppose une approche globale ! », *JCP G*, n° 18, 5 mai 2014, p. 528.

dans le secteur public que dans le secteur privé. Les juristes français s'accordent généralement pour la définir selon la circulaire du 26 mai 2011 comme la mise « à disposition, librement, facilement et gratuitement, [du] plus grand nombre d'informations⁸ ». L'open data peut aussi être comprise comme l'obligation pour tout détenteur d'information de la partager dans l'objectif de contribuer au « big data », c'est-à-dire à la banque de données la plus large possible⁹. L'open data est ainsi devenue la condition existentielle de la transition numérique parce que toutes les autres technologies, comme l'intelligence artificielle par exemple, ne peuvent fonctionner que si le big data est suffisamment fourni, c'est-à-dire si l'open data est effective.

Dans le domaine qui nous intéresse ici, l'administration publique, le mouvement open data est très ambitieux puisqu'il souhaite influencer du plus petit service public local jusqu'au mode de gouvernement national. Il porte ainsi en lui les germes d'une véritable révolution du fonctionnement du service public et de ses relations avec les usagers¹⁰. Comme d'habitude, l'innovation est d'origine américaine – l'administration Obama est ainsi la première à avoir mis en place une politique d'open data en 2005 – et s'est désormais internationalisée, au moyen notamment du « Partenariat pour un gouvernement ouvert¹¹ ». Son objectif, ainsi que l'a souligné la Haute autorité pour la transparence de la vie publique dans un important rapport¹², est de renforcer la transparence de notre régime démocratique et d'instaurer à terme un « gouvernement ouvert¹³ ». Cette initiative s'appuie sur un discours affirmant que l'open data conduit mécaniquement à une meilleure connaissance de l'action publique... ce qui n'est pas toujours certain¹⁴. La France a commencé à s'inspirer de ce modèle à partir des années 2010¹⁵, et une première phase a été conclue avec l'importante loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique (dite aussi « loi Lemaire¹⁶ »). Notre étude se penche sur l'influence de ce mouvement sur le droit des services publics, et plus précisément sur l'open data des décisions de justice¹⁷.

⁸ Circulaire du 26 mai 2011 *relative à la création du portail unique des informations publiques de l'État « data.gouv.fr » par la mission « Etalab » et l'application des dispositions régissant le droit de réutilisation des informations publiques* (NOR: PRMX1114652C), publiée au *JORF* du 27 mai 2011, p. 9140.

⁹ Sur la notion de data et d'open data, cf. D. Bourcier et P. de Filippi, « L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences ? », *JCP A*, n° 38, 16 septembre 2013, p. 2260 ; L. Cluzel-Métayer, « Les leviers numériques du crowdsourcing des services publics », *JCP A*, n° 50, 16 décembre 2019, p. 2356.

¹⁰ « La révolution numérique a permis la convergence de deux domaines technologiques autrefois disjoints, celui de la communication et celui de l'information », J. Marchand, « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », *JCP A*, n° 7, 17 février 2014, p. 2038, §2.

¹¹ Le PGO est une organisation non gouvernementale réunissant près de 70 États membres (dont la France), avec des représentants de la société civile et des géants du numérique, qui milite pour plus de transparence au moyen de l'open data. Il est dommage que, paré de cette noble intention, il ne soit jamais questionné l'existence de conflits d'intérêts entre certaines entreprises du type GAFAM, agissant sous couvert d'association, et ces gouvernements.

¹² HATVP, rapport publié à l'occasion du 4^e sommet du Partenariat pour un gouvernement ouvert : *Open data et intégrité publique*, 2016.

¹³ I. Bouhadana, W. Gilles, R. Weaver (dir.), *Transparency in the Open Government Era*, Paris, Les éditions IMODEV, 2015, 285 p.

¹⁴ La conception très anglo-saxonne de l'open data a été justement rappelée par J. Marchand, « l'open data... », *op. cit.*, §11.

¹⁵ « L'Open Data" ou la libération de données publiques en France », *JCP G*, n° 24, 13 juin 2011, p. 698.

¹⁶ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*, *JORF* du 8 octobre 2016. Sur les apports généraux de cette loi, cf. L. Cluzel-Métayer, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit », *AJDA*, 2017, p. 340.

¹⁷ La question de la validité du concept de « gouvernement ouvert » ne sera ainsi pas abordée, ainsi que l'utilisation des décisions de justice à des fins de « justice prédictive ».

Mais de quel(s) service(s) public(s) parle-t-on ? D'abord, bien entendu, du service public de la justice, qui se distingue fortement des autres¹⁸, et dont on ne sait s'il faut toujours le séparer entre ordres judiciaire et administratif, tant les réformes de ces dernières années ont conduit à les unifier, au moins sémantiquement¹⁹. Sans être toujours convaincu par ces dernières, il semble plus cohérent d'identifier fonctionnellement un seul service public de la justice divisé en deux branches²⁰. Un autre service public, plus méconnu, est altéré par la loi de 2016 : celui de *la diffusion du droit par l'Internet*²¹. Géré par la Direction de l'information légale et administrative (DILA), ce service a comme mission notable l'exploitation du site Légifrance²². Il n'est sans doute pas superflu de rappeler qu'il faut le distinguer du *service public de la donnée*²³, créé par l'article 14 de la loi pour une République numérique et le décret du 16 mars 2017²⁴. Ce dernier a la charge notamment de la mission Etalab – instaurée par la circulaire de 2011²⁵ – qui est placée quant à elle sous l'autorité de la direction interministérielle du numérique (DINUM), depuis un décret d'octobre 2019²⁶. Etalab est responsable, entre autres, de la gestion du site Internet « data.gouv.fr²⁷ ».

Les réformes portant sur l'open data étaient généralement peu critiquées dans le débat politique, juridique ou public. Avec la diffusion des décisions de justice, certains aspects de sa mise en œuvre ont été fortement contestés par les magistrats judiciaires, au point d'aboutir à une première révision en 2019. La loi Lemaire illustre bien les controverses qui ont vocation à se généraliser ces prochaines années au fur et à mesure que se développeront l'« e-administration » et le « gouvernement ouvert ». Une première remarque, d'ordre dogmatique, s'impose. Si la question de l'open data a beaucoup préoccupé la doctrine privatiste, notamment les avocats et les magistrats judiciaires, force est de constater que celle publiciste s'est relativement peu emparée de ce sujet²⁸. Ce constat peut surprendre, sachant que l'enjeu mis en avant porte sur le renforcement de la démocratie. En réalité, il s'agit aussi (et surtout) d'un enjeu colossal pour le service public de la justice, qui risque d'être ébranlé par cette

¹⁸ D. Truchet, « La justice comme service public », in *Le service public de la justice*, Paris, O. Jacob, 1998, p. 35.

¹⁹ On songe à la création en 2020 du tribunal *judiciaire* qui vient refléter le tribunal administratif et à la disparition du terme *conseiller* de tribunal administratif et de cour administrative d'appel au profit de *magistrat* administratif, qui vient refléter celui de magistrat judiciaire. La loi Lemaire traite des deux ordres de juridictions dans deux articles distincts, mais c'est une seule et même exigence qui y est transposée.

²⁰ Bien évidemment, outre la différence matérielle de droit et de procédure applicable, le statut constitutionnel de la justice administrative et celui de la justice judiciaire restent distincts. La première est composée d'agents soumis au statut de la fonction publique tandis que la seconde est composée d'agents rémunérés par l'État et soumis à l'ordonnance du 22 décembre 1958. Rappelons enfin que cette séparation entre les deux ordres juridictionnels a en elle-même valeur constitutionnelle.

²¹ Décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 *relatif au service public de la diffusion du droit par l'Internet* (NOR: PRMX0205836D).

²² La DILA, sous l'autorité du Premier ministre, gère également les sites service-public.fr et vie-publique.fr.

²³ Il existait auparavant un *service public des bases et banques de données juridiques*, créé par le décret n° 84-940 du 24 octobre 1984, devenu *service public des bases de données juridiques* par le décret n° 96-481 du 31 mai 1996 (NOR: PRMX9601531D).

²⁴ Il s'agit du nouvel article L.321-4 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), qui prévoit à son I : « La mise à disposition des données de référence en vue de faciliter leur réutilisation constitue une mission de service public relevant de l'État. » Cette disposition est complétée par le décret n° 2017-331 du 14 mars 2017 *relatif au service public de mise à disposition des données de référence* (NOR: PRMJ1636987D).

²⁵ Circulaire du 26 mai 2011 précitée.

²⁶ Décret n° 2019-1088 du 25 octobre 2019 *relatif au système d'information et de communication de l'État et à la direction interministérielle du numérique* (NOR: PRMG1929496D).

²⁷ L. Lucchesi, « L'open data et la jurisprudence », JCP G, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data. Actes du colloque à la Cour de cassation du 14 octobre 2016*, p. 18.

²⁸ On signalera toutefois un colloque tenu à l'université du Mans en avril 2019, dont les actes ont été publiés chez LGDJ en 2020 (P. Boudon (dir.), *La communication des décisions du juge administratif*), que nous n'avons malheureusement pas pu consulter en raison de la crise sanitaire.

réforme. On peut peut-être expliquer cette désaffection des publicistes par le fait que les enjeux techniques de l'open data des décisions du juge administratif sont beaucoup moins problématiques que ceux des décisions du juge judiciaire²⁹. En outre, face aux 3,5 millions de décisions judiciaires rendues par an, les quelque 250 000 décisions administratives semblent, quantitativement, bien dérisoires³⁰.

Si les bénéfices de la libéralisation des données publiques dans le domaine du patrimoine et des intérêts des gouvernants, de la procédure et de l'exécution budgétaire ou de la passation des marchés publics paraissent assez incontestables – bien qu'il faille certainement poser quelques limites –, la diffusion de millions de décisions de justice nourrit au moins trois séries d'interrogations. D'un point de vue théorique, tout d'abord, l'application de l'open data aux décisions de justice répond-elle à une lacune de notre démocratie ? La HATVP ne l'avait même pas listée dans son rapport de 2016. D'un point de vue plus concret, ensuite, quels sont les bénéfices attendus pour la qualité du service public de la justice comme pour le citoyen ? Enfin, comment se concilie-t-elle avec les droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée ? Malgré un débat très dense et une évolution législative consolidée, l'exigence de publication des décisions de justice reste encore un objet juridique extrêmement fragile. Le rapport Cadiet de 2018, qui fait office de référence, montre bien les difficultés structurelles de cette réforme³¹. Son fondement, tout d'abord, est incertain et mériterait certaines clarifications (I). Son application, ensuite, comporte des risques qui mériteront sans doute une réévaluation de son régime par le législateur (II).

²⁹ Là où la loi Lemaire oblige les juridictions civiles à repenser leur mode de rédaction pour permettre l'anonymisation – nous y reviendrons – cela n'est pas nécessaire pour le juge administratif.

³⁰ Selon les chiffres publiés par le ministère de la Justice pour 2019, les juridictions françaises ont rendu 2 279 484 décisions en matière civile et commerciale, 796 866 décisions en matière pénale et 126 145 décisions rendues par le juge des enfants, soit 3 202 475 décisions au sens de l'article L.111-13 du Code de l'organisation judiciaire (COJ). Le Conseil d'État a comptabilisé 252 055 décisions rendues par la justice administrative en 2019.

³¹ Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice *L'open data des décisions de justice* (daté du 27 novembre 2017 et remis le 10 janvier 2018 à la garde des Sceaux), 206 p., ci-après Rapport Cadiet.

I) UN FONDEMENT INCERTAIN

« L'open data est né d'un souci de transparence, de modernisation de l'action publique et de soutien au dynamisme économique³² ». On en trouve une première esquisse dans l'importante loi du 17 juillet 1978³³. Toutefois, la jurisprudence ne constitue pas une décision administrative, selon un avis de la CADA de 2005³⁴, aussi faut-il chercher ailleurs son origine. L'open data des décisions de justice a-t-elle un fondement constitutionnel ? Ses partisans prétendent souvent qu'elle découle du principe de transparence de la vie publique, qui n'a cependant jamais été consacré par le Conseil constitutionnel³⁵. A-t-elle un fondement européen ? On ne trouvera rien en tant que tel dans le droit dérivé³⁶, en revanche la directive du 26 juin 2013³⁷ exige que toutes les entités du secteur public participent à l'open data. Établir la généalogie de la loi de 2016 conduit à distinguer deux axes dans l'étude de l'open data : l'obligation de l'administration de diffuser certaines données (A), qui doit être accompagnée du droit à la réutilisation de ces dernières par des acteurs privés (B). Ces deux aspects posent des enjeux et des problèmes distincts.

A) L'OUVERTURE DES DONNÉES : UNE ÉVOLUTION NÉCESSAIRE ?

L'open data des décisions des juridictions judiciaires (article 20) et administratives (article 21) a été introduite dans le projet de loi pour une République numérique par le biais de deux amendements gouvernementaux adoptés devant le Sénat³⁸. Cette ouverture était, d'après la secrétaire d'État Axelle Lemaire, discutée depuis longtemps avec la Chancellerie. Néanmoins son irruption sans étude d'impact, sans mesure du coût financier, a paru précipitée auprès des parlementaires et des observateurs. La rapidité de cette réforme peut s'expliquer

³² B. Louvel, « Ouverture », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 5.

³³ La loi du 17 juillet 1978 sur l'ouverture des données publiques a notamment instauré la CADA, et constitue le pendant de la loi du 6 janvier 1978 sur la CNIL.

³⁴ CADA, avis n° 20053620 du 3 novembre 2005 : « Les documents qui émanent directement des juridictions ou qui sont élaborés pour l'autorité judiciaire ne sont pas considérés, en principe, comme des documents administratifs et n'entrent donc pas dans le champ de la loi du 17 juillet 1978 ».

³⁵ C.C., décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, cons. 19 (confirmé par les décisions n° 2013-675 et 2013-676 DC). Lorsqu'il est invoqué, la Haute Juridiction semble répondre en citant l'article 2 de la Déclaration de 1789 et/ou l'article 4 de la Constitution de 1958. Seuls quelques régimes spécifiques de transparence ont été déclarés conformes à la Constitution.

³⁶ Cf. W. Gilles, « Libre réflexion sur le droit dit "de l'open data". Origine, contours et évolution dans le cadre du droit de l'Union européenne », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 13.

³⁷ Directive 2013/37/UE, 26 juin 2013 qui vient modifier la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 ayant instillé les premiers éléments du droit à la réutilisation des données en open data.

³⁸ L'exigence est transposée à l'article L. 10 du Code de justice administrative (CJA) concernant les décisions des juridictions administratives et à l'article L. 111-13 du COJ pour les juridictions judiciaires. Le président Vigouroux souligne que ce sont les parlementaires et non le Gouvernement qui seraient à l'origine de cette réforme (« Open data et juge administratif », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 29).

par la nécessité de pallier aux inconvénients du système traditionnel, qui limitait l'accès aux décisions de justice (1). Elle devrait ainsi renforcer un certain nombre de principes démocratiques (2).

1) L'accès limité aux décisions de justice

Le principe de publicité des décisions de justice. Avant la loi de 2016, le statut des décisions de justice ne les soumettait qu'à une forme de *publicité*. Issue du principe révolutionnaire selon lequel la justice est rendue « au nom du peuple français³⁹ », elle a pour objectif d'éviter l'opacité de la justice d'Ancien Régime. La publicité permet aux citoyens, en leur ouvrant les salles d'audience, non pas de surveiller la justice, mais d'observer comment elle est rendue. Ce principe, qui n'est pas inscrit dans la Constitution de la V^e République, a été appliqué de façon continue depuis 1789 et possède ainsi une force traditionnelle structurante très puissante⁴⁰. Il est actuellement consacré en droit positif à travers plusieurs éléments que l'on retrouve dans le Code de procédure civile (CPC) pour le juge judiciaire et le Code de justice administrative (CJA) pour le juge administratif⁴¹.

Tout d'abord, l'accès physique de tous à la salle d'audience lors des débats et du prononcé de la décision est garanti, sauf dans les cas prévus par la loi⁴². Ensuite, l'inscription du jugement au greffe du tribunal et sa publication dans les recueils officiels permettent à tout tiers de demander la transmission de cette décision⁴³. Certes, ce droit à la communication des décisions de justice, précurseur de l'open data, sous-entend que le demandeur ait déjà été informé de l'existence de cette décision. C'est-à-dire que les universitaires comme les praticiens ne peuvent pas demander « à l'aveugle » au greffe d'une juridiction tous les arrêts qui auraient été rendus dans tel ou tel domaine dans le but d'une recherche. Il est évident qu'étant donné les conditions matérielles et humaines des greffes françaises, une telle demande serait irréalisable.

La diffusion ancienne des principales décisions de justice. La diffusion des jugements a déjà une longue histoire derrière elle⁴⁴. Dès lors, l'open data des décisions de justice ne peut absolument pas être considérée comme un moyen de réalisation de l'article 15 de la DDHC à destination des magistrats⁴⁵, comme c'est le cas pour la communication des documents administratifs⁴⁶. Certes, le principe de publicité n'implique aucunement un principe de publication et encore moins de diffusion en accès libre, ces notions étant complètement

³⁹ Dès le mois de novembre 1789, les procès seront publics, cf. J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse et B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 4^e éd., 2010, p. 273 et *sq.* Cette exigence sera consacrée à l'article 14 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : « En toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugements seront publics ».

⁴⁰ Dans l'histoire constitutionnelle française, on le retrouve seulement à l'article 81 de la Constitution de la Seconde République.

⁴¹ Articles L. 2 du CJA et L. 111-1 du COJ.

⁴² Ce principe est consacré aux articles 451 et 1016 du CPC et à l'article L. 6 du CJA.

⁴³ Ce principe est consacré à l'article 1440 du CPC ainsi qu'à l'article R. 751-7 du CJA ou l'article R. 156 du Code de procédure pénale.

⁴⁴ B. Munch, « Le service public de la diffusion du droit », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 87 et *sq.*

⁴⁵ Argument malheureusement assez répandu, cf. par ex. N. Herzog, « De l'ouverture des données juridiques publiques vers l'avènement des outils de justice prédictive », *Dalloz Avocats*, n° 1, janvier 2017, p. 16 ; L. Lucchesi, « L'open data et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 18 ; Rapport Cadet, *op. cit.*, p. 44. Drôle de discours qui prétend qu'il n'existe pas de contrôle des magistrats, comme si le Conseil supérieur de la magistrature n'existait pas.

⁴⁶ C.C., décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020, cons. 17.

indépendantes. Néanmoins, outre les demandes individuelles, les juridictions suprêmes françaises communiquent déjà leurs décisions les plus importantes. Ainsi, le service de la documentation du Tribunal de cassation a commencé dès la Révolution française à publier un Bulletin de ses principaux arrêts⁴⁷. Quant aux décisions de la Haute Juridiction administrative, le recueil Lebon – désormais édité par Dalloz en vertu d'une délégation de service public⁴⁸ – a commencé à être publié à partir de 1821, sur l'initiative d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. « À l'origine, le recueil comprenait toutes les décisions rendues par le Conseil d'État : l'open data, de ce point de vue, constitue aussi un retour aux sources⁴⁹ ».

Sans doute, mais ce retour aux sources a été long et tumultueux. Avant l'adoption de la loi Lemaire, le décret du 7 août 2002 avait prévu une mise à disposition gratuite d'une partie limitée des décisions de justice produites par les juridictions (Conseil d'État, Cour de cassation, et une sélection de décisions des juges du fond)⁵⁰. Consécutivement à ce décret, la nouvelle version de Légifrance⁵¹ permettra une véritable révolution dans l'accès à cette jurisprudence⁵². Rappelons que seule une partie de ces décisions sont accessibles, celles sélectionnées en fonction du classement propre à chaque juridiction. Il s'agit de la base de données Jurinet de la Cour de cassation⁵³ et de la base de données Jade du Conseil d'État⁵⁴. Jusqu'à présent, environ 15 000 décisions judiciaires par an étaient ainsi transmises à la DILA pour une mise à disposition sur Légifrance. L'objectif à court terme est d'arriver à 1 500 000 décisions par an (moins de la moitié de celles rendues), soit 100 fois plus⁵⁵.

L'existence de bases de données payantes ou inaccessibles. Si une infime partie des décisions de justice sont présentes sur Légifrance, il existe d'autres bases de données. Pour l'ordre judiciaire, JuriCA – créée en 2005⁵⁶ – contient essentiellement des décisions des cours

⁴⁷ R. Guerlot, « La diffusion de la jurisprudence par la Cour de cassation et le développement de l'open data », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence ...*, p. 68. En outre, depuis 1837, Dalloz publie les tables alphabétiques de jurisprudence.

⁴⁸ Délégation dont on n'a pas trouvé de trace, ce qui justifie la piquante remarque du professeur Letteron « il serait sans doute impertinent de s'interroger sur l'existence même de cette délégation et des différents appels d'offres qui ont permis son renouvellement constant », « Le mythe de la liberté d'accès aux décisions de justice », billet publié sur son blog libertescherries.blogspot.com le 28 novembre 2016.

⁴⁹ L. Dutheil de Lamothe et P.-Y. Martinie, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 64. La publication du recueil Lebon ne sera reprise en main par le Conseil d'État qu'après la Seconde Guerre mondiale.

⁵⁰ Décret du 7 août 2002 précité. Le principe de la gratuité des données juridiques a aussi été posé par l'arrêté du 24 juin 2014 *relatif à la gratuité de la réutilisation des bases de données juridiques et associatives de la direction de l'information légale et administrative* (NOR: PRMX1407880A).

⁵¹ Créée par l'arrêté du 6 juillet 1999 *relatif à la création du site Internet Légifrance* (NOR: PRMX9903642A), cette première version ne comprenait pas de décisions de justice.

⁵² Il existait auparavant un site appelé « Jurisfrance », payant, créé en 1998. D'après un article publié sur le site de référence www.precisement.org le 18 novembre 2006, l'accès à ce site coûtait de 1800 à 4800 francs. Chaque document était facturé ensuite 19,50 francs et il fallait déboursier une avance sur consommation minimum de 5000 francs.

⁵³ Jurinet comprenait, en 2016, à peu près 460 000 décisions de la Cour de cassation, 60 000 arrêts d'appel et 1 800 jugements de première instance, publiés en raison de leur importance, chiffres donnés *in* B. Louvel, « Ouverture », *op. cit.*, p. 6. Sur la création et le développement de cette base de données, v. R. Guerlot, « La diffusion... », *op. cit.*, p. 68 et *sq.*

⁵⁴ Jade comprenait, en 2016, « 160 000 fichiers pour le Conseil d'État, plus de 296 000 pour les 8 cours administratives d'appel (qui n'ont commencé à juger qu'en 1989) et un peu moins de 19 000 pour les 42 tribunaux administratifs », L. Dutheil de Lamothe et P.-Y. Martinie, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 64. Les seules décisions du Conseil d'État qui ne sont pas transmises dans Jade concernent les ordonnances qui ne traitent pas de référés (notamment d'admission ou de rejet de cassation).

⁵⁵ J.-P. Jean, « Propos introductifs », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence ...*, p. 9 et *sq.*

⁵⁶ Décret n° 2005-13 du 7 janvier 2005 *modifiant le code de l'organisation judiciaire (partie Réglementaire) et relatif au service de documentation et d'études de la Cour de cassation* (NOR: JUSC0420936D).

d'appel dans le domaine civil⁵⁷. En 2016, elle comportait plus d'un million de décisions accessibles librement pour les magistrats, et moyennant redevance pour les professionnels et les chercheurs. Cette somme n'est pas négligeable⁵⁸, puisqu'il faut compter environ 100 000 € pour avoir accès à l'ensemble de ces décisions⁵⁹. Dans un premier temps, seuls les grands éditeurs juridiques avaient les moyens d'accéder à cette base (en faisant bien évidemment payer un surcoût à leurs utilisateurs), mais – suite à quelques propositions effectuées par la doctrine⁶⁰ – la Cour de cassation a accepté, à partir de 2014, de négocier des conventions avec des équipes d'universitaires à moindre coût⁶¹.

Si l'on admet bien volontiers que la diffusion libre des 3,5 millions de décisions judiciaires annuelles constitue un enjeu technique considérable, ce n'est pas le cas pour les décisions administratives. En effet, l'ampleur du nombre de décisions a permis la création des bases de données Ariane et ArianeArchive qui comprennent – entre autres – la quasi-totalité des décisions rendues, sachant qu'elles sont actualisées très régulièrement. Si elles ne sont accessibles qu'aux acteurs des juridictions administratives, une version « grand public », ArianeWeb, est disponible sur le site du Conseil d'État. Mais cette dernière ne contient que très peu de décisions supplémentaires par rapport à la base Jade (à peine 5 200 décisions) et elle ne contient quasiment pas de décisions de première instance. L'universitaire comme le praticien est ainsi très souvent contrarié quand il doit « déterminer l'état exact de la jurisprudence administrative sur tel ou tel point⁶² ». Exclue d'Ariane et d'ArianeArchive, ils ne peuvent que se contenter des « miettes » contenues dans ArianeWeb⁶³. Cette situation est d'autant plus regrettable que ces bases de données sont dotées de moteurs de recherche et d'outils de travail intelligents, face auxquels Legifrance et ArianeWeb sont dépassés (sans parler de l'interface).

Les limites d'ArianeWeb et de JuriCA, qu'il s'agisse du nombre de décisions ou du manque de jurisprudences de première instance⁶⁴, sont justifiées par deux raisons : elles ont d'abord été pensées et conçues comme des bases sélectives et représentatives de la jurisprudence, et non pas exhaustives⁶⁵. Derrière cet argument, il y a la difficulté matérielle des tribunaux administratifs et judiciaires pour abonder ces bases, tant en termes de personnels que de moyens financiers. Ensuite, les décisions d'Ariane et de JuriCA ne sont pas anonymisées. Dès le début des années 2000, la Cour de cassation avait déjà bien identifié le principal enjeu juridique de la diffusion des décisions de justice : « le caractère public d'une

⁵⁷ S. Bories, « JuriCA : un outil de communication et de recherche », *Dalloz*, 2011, p. 1242.

⁵⁸ Arrêté du 23 mars 2009 fixant le montant des redevances perçues en contrepartie de la délivrance de documents par la Cour de cassation (NOR: JUSB0906134A). Un arrêt de la Cour de cassation dématérialisé coûte 3 €, un rapport sur un arrêt d'assemblée délibéré sur support papier coûte 7 €. L'abonné a la possibilité d'acheter par « paquet » un certain nombre de décisions, le tarif commence à 3 € l'unité si le pack comprend de 1 à 500 décisions, il sera de 0,10 € à partir de 100 001^e décision.

⁵⁹ Nous reprenons ici l'évaluation effectuée par le professeur Letteron dans son billet « Le mythe de la liberté d'accès aux décisions de justice », *op. cit.*

⁶⁰ E. Severin. « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA) », *Dalloz*, 2009, p. 2882.

⁶¹ Cf. *Rapport annuel 2015 de la Cour de cassation*, p. 287 et *sq.*

⁶² F. Alhama, « Vers une plus grande accessibilité des décisions rendues par les juridictions administratives », *RFDA*, 2019, p. 695.

⁶³ Frédéric Alhama donne les chiffres suivants (mars 2019) : « 1) nombre de jugements de tribunaux administratifs reproduits : 0 sur Ariane web, 6 515 sur Légifrance, 3 050 605 sur Ariane archives ; 2) nombre d'arrêts de cours administratives d'appel reproduits : 6 571 sur Ariane web, 279 172 sur Légifrance, 492 361 sur Ariane archives. » (*ibid.*, note 5).

⁶⁴ En revanche, on retrouve les mêmes décisions du Conseil d'État dans ArianeWeb et Jade.

⁶⁵ L. Dutheil de Lamothe et P.-Y. Martinie, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 65. Le critère de sélection de ces décisions reste quand même assez subjectif, si ce n'est obscur.

décision de justice contenant des données personnelles ne peut avoir pour effet de priver indéfiniment de toute protection de leur vie privée les justiciables⁶⁶ ». En 2001, la CNIL, dans une recommandation devenue depuis le socle de sa doctrine en la matière, en a tiré l'obligation d'anonymisation des décisions de justice en accès libre⁶⁷. C'est la principale raison qui justifie que les bases Ariane et ArianeArchive ne soient pas ouvertes au public, ainsi que l'a reconnu en 2016 la CADA, tirant alors les conséquences de son premier avis de 2005⁶⁸.

2) De la transparence à l'accès à la justice

Un changement de paradigme ? L'exigence de publication des décisions de justice est souvent considérée comme la continuité ou l'approfondissement de l'exigence de publicité. Cette vision des choses est fautive et peut avoir des conséquences dommageables⁶⁹. Le principe de publicité n'a pas été remplacé ou remis en cause par le principe de publication en open data. Étymologiquement, on est déjà face à deux sens distincts puisque publicité vient du latin *publicus*, « relatif au public » alors que publication vient du latin *publicare*, « mettre à la disposition du public ». Dans la mise en pratique, la loi de 2016 conduit à une situation bien différente, ainsi que l'a relevé le président Jean-Paul Jean :

« Le fait qu'une décision judiciaire soit rendue en audience publique est une chose, qu'elle soit remise aux parties en est une autre, qu'elle soit diffusée publiquement et notamment sur Internet, en est une troisième ; qu'elle soit retraitée avec des millions d'autres via les algorithmes des moteurs de recherche nous fait entrer dans une nouvelle dimension dont nous ne pouvons pas mesurer aujourd'hui l'ampleur des conséquences. »⁷⁰

Sur le plan des valeurs juridiques, l'exigence de publicité reste un droit fondamental – garanti par l'article 6§1 de la CESDH⁷¹ – tandis que celle de publication n'a donc qu'une valeur législative. On a pu soutenir qu'elle permettrait de concrétiser les objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁷², mais cet argument peine à convaincre⁷³. Il existe enfin une divergence conceptuelle entre ces deux obligations. La

⁶⁶ E. Lesueur de Givry, « La question de l'anonymisation des décisions de justice », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2000, p. 93.

⁶⁷ CNIL, recommandation n° 01-057 du 29 novembre 2001. Cf. eg. CNIL, « Bilan de l'application de la recommandation du 29 nov. 2001 : pour un encadrement législatif renforçant la protection des données à caractère personnel en matière de diffusion de décisions de justice », 19 janvier 2006. Sur les décisions de la CNIL, v. N. Mallet-Poujol, « La protection des données personnelles à l'épreuve de l'open data des décisions de justice : l'exemple des données des justiciables », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 1, avril 2018, dossier 4, §9 à 11.

⁶⁸ « Les documents constituant le fond des bases de données Ariane et Ariane Archives ne revêtent pas le caractère de documents administratifs », CADA, avis n° 20163474 du 22 septembre 2016 et n° 20163021 du 21 juillet 2016. Cela n'a pas empêché, récemment, un collectif d'avocats de déclarer vouloir intenter une action en justice, au motif qu'en tant qu'auxiliaires de justice, ils devraient pouvoir en bénéficier comme les magistrats (Village de la justice, « Égal accès à la jurisprudence : une action collective portée par des avocats pour les avocats », publié le 29 juin 2020).

⁶⁹ Nous verrons *infra* que les conséquences de la régulation du principe de publication risquent de porter atteinte au principe de publicité.

⁷⁰ J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 10.

⁷¹ S. Turgis, « L'accès au droit par Internet. Les obligations posées par la convention européenne des droits de l'homme en matière de diffusion du droit », *AJDA*, 2015, p. 142.

⁷² L. Lucchesi, « L'open data et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 20.

⁷³ L'invoque de cet OVC semble hors sujet, car « loi » n'est plus synonyme de droit, et il n'a jamais été question de viser les décisions de justice à travers cet objectif, qui n'a servi qu'à cacher une critique plus ou moins légitime – là n'est pas le sujet – du travail parlementaire.

publicité permet au citoyen d'assister à une décision – ou de demander sa communication – pour observer ce qui est fait en son nom. Quel est l'objectif de la publication ? Auparavant, elle était un indicateur de l'importance (pour le juge) de la décision rendue⁷⁴. Désormais, la diffusion massive et libre va mettre fin, en partie, à cette caractéristique, aussi il convient d'analyser quelles sont ses finalités.

Comme toute politique d'open data, la publication des jurisprudences permettrait de renforcer la transparence du service public. Objectivement, cette dernière sert surtout *la qualité de la justice* française, quand bien même elle ne constituait pas un critère classique de cette notion⁷⁵. Il nous paraît plus difficile de la rattacher à la démocratie, comme c'est souvent le cas⁷⁶. Les avantages attendus de l'open data des décisions de justice iraient également un peu plus loin que ceux de la publicité. Farouchement défendue par le ministère de la Justice⁷⁷, il n'est pas surprenant que, lors de sa promotion en 2016, on ait retrouvé à peu près les mêmes arguments chez les responsables des deux juridictions suprêmes. Ainsi, pour le vice-président Jean-Marc Sauvé, cette politique « devrait favoriser l'accès au droit et l'égalité devant la justice ainsi que la stabilisation, l'harmonisation et la convergence de la jurisprudence⁷⁸ ». Quant au président Bernard Louvel, il listait ainsi divers progrès⁷⁹ : meilleure connaissance du droit, meilleure harmonie du fonctionnement des juridictions, et enfin meilleure information du justiciable. Cette dernière est particulièrement attendue, car elle conduirait à un développement des modes alternatifs de résolution des conflits (MARC : solution amiable, médiateur, *etc.*)⁸⁰. En conséquence, la célérité de la justice devrait être améliorée puisque « Les juridictions devraient ainsi être déchargées du poids de contentieux pour lesquels la voie judiciaire n'apparaîtra plus la mieux adaptée⁸¹ ». En définitive, la justice jouira d'une meilleure connaissance et confiance de ses usagers⁸². On notera enfin que, pour la directrice d'Étala, l'avantage de l'open data des décisions de justice est triple : « revitaliser la démocratie », « stimuler l'innovation économique et sociale » et renforcer « l'efficacité et l'efficience administrative⁸³ ». Si certains de ces avantages pourront être questionnés⁸⁴, le véritable apport

⁷⁴ Entretien avec C. Arens, « La justice doit être accessible et la Cour de cassation s'engage à relever le défi en utilisant les potentialités des technologies appliquées au droit », *JCP G*, n° 13, 30 mars 2020, p. 373.

⁷⁵ En effet, la qualité de la justice n'est pas une norme, mais une notion évaluative, un objectif à atteindre. Classiquement, on la définissait ainsi : « 1. l'accès à celle-ci ; 2. la célérité du procès, mais aussi la prévisibilité et l'optimisation du temps judiciaire ; 3. la stabilité et la prévisibilité des jugements qui sont source de sécurité juridique pour les justiciables ; 4. la qualité de la relation entre le juge et les parties ; 5. l'intelligibilité des décisions rendues ; 6. la possibilité d'en obtenir l'exécution, forcée le cas échéant ; 7. enfin, l'acceptabilité sociale de la justice rendue », J.-M. Sauvé, « Les critères de la qualité de la Justice », intervention lors de la *Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Luxembourg le 25 septembre 2009 (disponible sur le site du Conseil d'État).

⁷⁶ Nous montrerons plus loin que l'open data des décisions de justice est même dépourvue de tout lien avec un quelconque renforcement de la démocratie.

⁷⁷ Y. Meneceur, « Quel avenir pour la "justice prédictive" ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », *JCP G*, n° 7, 12 février 2018, §2.

⁷⁸ J.-M. Sauvé « La justice prédictive », *Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 12 février 2018, disponible sur le site de la Cour de cassation, p. 2.

⁷⁹ B. Louvel, « Ouverture », *op. cit.*, p. 6.

⁸⁰ B. Louvel, « La justice prédictive », *Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, *op. cit.* Le développement des MARC constitue un enjeu plus important pour les juridictions judiciaires qu'administratives.

⁸¹ B. Louvel, « Ouverture », *op. cit.*, p. 6.

⁸² Le président Jean-Paul Jean, plus nuancé, estime surtout qu'« il s'agit certainement de permettre une meilleure connaissance et une meilleure transparence des règles de droit et de leur application à des circonstances de fait », J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12.

⁸³ L. Lucchesi, « L'open data et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 18.

⁸⁴ Cf. *infra*.

juridique de cette réforme réside dans la consécration d'un authentique droit à l'accès des décisions de justice.

De l'accès à la justice à l'accès à la connaissance de ses décisions. Jusqu'à présent, la diffusion des seules décisions sélectionnées permettait un accès à la jurisprudence, au sens dogmatique du terme. La technologie permettant de dépasser cette situation, l'open data des décisions de justice peut être rattachée *au droit à l'accès à la justice*. Celui-ci constitue un droit fondamental du justiciable, sur le fondement de l'article 16 de la DDHC et de l'article 6 de la CESDH, et dans lequel on fait figurer généralement le droit au recours et à l'aide juridictionnelle. On peut aussi y associer directement le droit à un recours effectif, comme en droit français⁸⁵, ou de façon autonome, comme en droit de la CESDH (article 13). Dès lors, l'exigence de diffusion de la jurisprudence s'analyse comme un nouveau droit : *le droit à la connaissance des décisions de justice*. Celui-ci pourrait être reconnu comme une condition du droit au recours effectif⁸⁶. En effet, comment rendre efficace son recours si soi-même (ou son conseil) n'a pas à disposition toutes les décisions rendues par une juridiction ? Sans doute conscients de cette faille de l'État de droit – pour laquelle il était difficile d'agir auparavant⁸⁷ –, les tribunaux administratifs ont pris l'habitude de publier sur leurs sites Internet les décisions qu'ils estiment importantes (par le biais de lettres d'actualités notamment). Cela n'a conduit qu'à rendre encore plus illisible cette jurisprudence, ne serait-ce que parce qu'il faut faire le tour des 42 tribunaux pour avoir une vision d'ensemble.

Or, que l'on rattache le droit à l'accès des décisions de justice à la qualité de la justice ou au droit à un recours effectif, les enjeux de la publication des décisions des tribunaux administratifs recèlent un intérêt particulier, voire primordial. En effet, leur connaissance a beaucoup à nous apprendre sur l'application « brute⁸⁸ » de la légalité administrative, l'exécution de la loi par l'administration ne prenant tout son sens que dans le cadre de son contrôle juridictionnel⁸⁹. Si l'on juge moins révélateur de cet intérêt le contentieux de la responsabilité administrative, le contentieux de l'annulation devrait indéniablement être entièrement accessible. Au-delà de l'intérêt des chercheurs, il y a là un véritable enjeu démocratique de séparation des pouvoirs⁹⁰.

B) LA RÉUTILISATION DES DONNÉES : UNE ÉVOLUTION CONTRÔLÉE ?

La proclamation de l'open data des décisions de justice permet donc de renforcer l'État de droit... à la condition que leur réutilisation ne conduise pas, dans la pratique, à des

⁸⁵ C.C., décision 2011-129 QPC du 13 mai 2011, cons. 4 qui rattache le droit à un recours effectif à l'article 16 de la DDHC.

⁸⁶ Ce droit à un recours effectif contient déjà un droit à l'information dans la jurisprudence de la CEDH, mais qui vise le droit à être tenu au courant des enquêtes de police (cf. rec. CEDH, arrêt *Tagayeva et autres c. Russie*, 13 avril 2017, n° 26562/07, §627).

⁸⁷ Il s'agit donc d'un nouveau droit fondamental rendu possible par la technologie et non découlant de la technologie.

⁸⁸ On a utilisé ce terme, sans visée péjorative, pour qualifier le contrôle des tribunaux administratifs par rapport à celui du Conseil d'État, qui supporte plus de paramètres politiques, institutionnels...

⁸⁹ En d'autres termes, l'étude de la jurisprudence de première instance et d'appel permet de mieux comprendre comment l'intérêt général, défini par la représentation nationale, est imposé par le juge à l'administration.

⁹⁰ La jurisprudence des tribunaux judiciaires a bien évidemment aussi un enjeu démocratique, mais qui concerne « seulement » l'application de la loi.

comportements illicites. En effet, la diffusion libre et gratuite par le service public de la justice de ses décisions n'est pas qu'une fin en soi. La loi Lemaire a également été conçue pour permettre au secteur privé de se saisir de ces données, afin de les réutiliser pour proposer de nouveaux services innovants et attractifs⁹¹. L'objectif du Gouvernement – qui n'est pas en soi critiquable – était de soutenir le développement de ces entreprises. Ces opportunités économiques ont sans doute plus motivé cette réforme que l'idéologie open data. En effet, à la différence des documents administratifs par exemple, la libre diffusion des décisions de justice n'avait jamais été réclamée par les citoyens. Seule la doctrine, praticienne comme académique, pouvait parfois critiquer le système classique de diffusion limitée⁹². En revanche, ce droit à la réutilisation des données publiques est bien consacré dans le droit de l'UE⁹³, dont l'appétence pour ce type de croissance n'est plus à démontrer. La loi de 2016 illustre bien, ainsi que le soulignait en 2006 le mathématicien Clive Humby, que « *Data is the new gold* » et que le Gouvernement encourage cette nouvelle ruée vers l'or⁹⁴. On comprend mieux la précipitation avec laquelle les amendements instaurant les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique ont été adoptés⁹⁵. Mais, face à une réforme sans doute trop rapide, aussi peu préparée en amont, sa mise en œuvre a rapidement soulevé plusieurs critiques. Tout d'abord, l'attente des décrets d'application n'a pas empêché certains acteurs de récolter un maximum de décisions auprès des greffes des tribunaux (1). La loi de 2016 a également suscité la crainte d'un profilage des professionnels de justice (2).

1) De l'opportunité économique au piratage des greffes

L'affaire Doctrine.fr du « typosquatting »⁹⁶. Dans un classique du 9^e art, *Ruée sur l'Oklahoma*⁹⁷, Lucky Luke est engagé par les autorités pour empêcher quelques coquins de traverser la frontière avant le début officiel de la colonisation de ce nouveau territoire. Ces derniers souhaitent par tous les moyens s'accaparer les meilleures terres avant les autres. « Ruée sur l'open data des décisions de justice » pourrait être le sous-titre de cette « affaire » tant certains aspects semblent rocambolesques. L'irruption des start-up du numérique dans le

⁹¹ L'exposé des motifs des deux amendements introduisant les articles 20 et 21 commençait ainsi : « L'open data sur les décisions rendues par les juridictions [administratives et judiciaires] permettra l'avènement de nouvelles applications qui apporteront une meilleure prévisibilité du droit applicable et anticipation des risques ». Lors de la discussion en séance, Axelle Lemaire précisa que « les données constituent un ferment fort de développement de nouveaux services en ligne », compte-rendu intégral du débat du 27 avril 2016, *JORF* du 28 avril 2016, p. 5915.

⁹² Doctrine dont la capacité de lobbying est bien faible, faut-il le rappeler, à la différence de celle des *legaltech*.

⁹³ W. Gilles, « Libre réflexion sur le droit dit "de l'open data"... », *op. cit.*, p. 14. Ce principe de réutilisation a été consacré par la directive 2003/98/CE du 17 novembre 2003 qui a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005.

⁹⁴ Le marché de l'aide au service juridique (évalué en 2019 à 31 milliards d'euros) est en plein essor : ce ne sont pas seulement les avocats (environ 70 000) qui seraient demandeurs, mais aussi chaque service juridique public ou privé. Cf. J. Marchand, « L'open data, la réutilisation des données publiques... », *op. cit.*, §26 et *sq.*

⁹⁵ Le rapporteur auprès du Sénat avait émis un avis « réservé » au motif que les amendements gouvernementaux ayant introduit les articles 20 et 21 avaient été déposés l'avant-veille en fin d'après-midi. Il avait notamment avancé qu'il était impossible d'établir un calendrier (et l'avenir lui a donné raison) en l'absence d'étude d'impact, cf. compte-rendu intégral du débat du 27 avril 2016, *JORF* du 28 avril 2016, p. 5916 et *sq.*

⁹⁶ Cette « affaire » a autant intéressé les praticiens qu'elle a désintéressé les universitaires (à part peut-être le professeur Letteron qui y a consacré trois billets de son blog). Dans les revues juridiques, aucun article n'est référencé depuis 2018 sur doctrinal, aussi le lecteur ne sera pas surpris de trouver par la suite des références un peu moins orthodoxes que d'habitude.

⁹⁷ Morris, R. Goscinny, *Ruée sur l'Oklahoma*, Paris, Dupuis, 1988, 46 p.

domaine juridique – les *legaltech*⁹⁸ – a conduit à bouleverser ce secteur, parfois plus par leur communication que leur activité réelle⁹⁹. Pourtant, dans un milieu aussi figé que l'édition juridique¹⁰⁰, cette arrivée était prometteuse¹⁰¹. Toutes ces activités « disruptives » à l'américaine sont régies par un mot d'ordre : la rapidité (le fameux « *quick and dirty* » de la Silicon Valley)¹⁰². Or, même après l'adoption du décret d'application de la loi Lemaire, la mise en œuvre effective de l'open data des décisions de justice se jouera sur le temps long¹⁰³. Sans doute trop long pour certains acteurs comme Doctrine.fr, qui s'est imposé aisément comme le leader incontournable des *legaltech* françaises. Son activité est très ciblée : après anonymisation des décisions de justice qu'elle recueille, celles-ci sont traitées par un outil de *Natural Language Processing* (traitement automatique du langage) pour proposer un moteur de recherche extrêmement performant.

Dès sa création en 2016, Doctrine.fr rencontre un grand succès par le nombre impressionnant de décisions qu'elle offre à ses clients¹⁰⁴. Après s'être rapprochée du service de documentation de la Cour de cassation, elle noue un partenariat avec Infogreffe en 2017¹⁰⁵. En 2019, sa base de données comprendrait plus de 9 millions de jurisprudences¹⁰⁶. Ce chiffre interroge, car, à titre de comparaison, Légifrance comprend 900 000 décisions et les éditeurs Dalloz, LexisNexis et Lexbase respectivement 2 millions, 2,9 millions et 4,7 millions décisions¹⁰⁷. Sachant que Doctrine aurait obtenu environ 3 millions de décisions d'Infogreffe, d'où viennent les autres ? En juin 2018, un article du *Monde* révèle que l'entreprise aurait pratiqué le « typosquatting¹⁰⁸ » pour obtenir autant de décisions¹⁰⁹. Cette pratique dolosive consiste à tromper un interlocuteur en obtenant un service normalement inaccessible si l'on n'avait pas utilisé une adresse mail qui ressemble à celle d'une autorité ou d'une personne de confiance¹¹⁰. La volonté de tromper ne peut pas être questionnée, puisque l'expéditeur a créé spécifiquement cette adresse mail et n'utilise pas celle qu'il use habituellement. Dans le cas de

⁹⁸ Antoine Garapon les définit ainsi : « La legaltech est une manière de concevoir la justice à travers des start-up », « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », *LPA*, 18 septembre 2017, n° 186, p. 4. Plus qu'une « conception » de la justice, les *legaltech* sont tout simplement des entreprises spécialisées dans la fourniture de services à destination des juristes.

⁹⁹ Lire la tribune d'A. Braci, « Les "legaltech" illustrent le rapport ambigu que le secteur numérique entretient avec le droit », *Le Monde*, 18 septembre 2019.

¹⁰⁰ On a pu qualifier ce milieu d'« oligopole » : « Legaltech : les éditeurs juridiques au pied du mur ? », disponible sur le site www.entreprendre.fr, 11 décembre 2019.

¹⁰¹ Leur activité porte sur l'analyse juridique au moyen d'algorithmes (souvent qualifiés d'intelligence artificielle) capables d'éplucher instantanément des millions de décisions de justice. Elles proposent ainsi des évaluations (dites de « justice prédictive »), des statistiques ou des moteurs de recherche très performants.

¹⁰² J. Orsinet, « Les startups et la méthode "Quick and Dirty" », disponible sur le site medium.com, 12 décembre 2019.

¹⁰³ Il faudrait compter de 6 mois à 1 an pour anonymiser toutes les décisions de la Cour de cassation, de 2 à 3 ans pour les décisions des Cours d'appel et, enfin, de 3 à 8 ans pour les décisions des tribunaux judiciaires, cf. E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, « La mémoire numérique des décisions judiciaires. L'open data des décisions de justice de l'ordre judiciaire », *Dalloz*, 2017, p. 1483. Les auteurs soulignent qu'il ne pourrait s'agir que de phases différenciées, ce qui signifie que le délai total irait de 4 ans à 12 ans.

¹⁰⁴ Après une première levée de fonds lors de sa création de 2 millions d'euros à l'automne 2016, Doctrine.fr a obtenu 10 millions d'euros en juin 2018.

¹⁰⁵ « Doctrine.fr, Infogreffe et l'accès à la donnée juridique », publié sur le blog du professeur Bruno Dondero (brunodondero.com) le 30 juin 2018.

¹⁰⁶ « Nicolas Bustamante : "Je suis serein, Doctrine va poursuivre sa croissance" », *Les Echos*, 27 juin 2019.

¹⁰⁷ D. Iweins, « Open data des décisions de justice : un marché sans foi ni loi », *Les Echos*, 25 juillet 2018.

¹⁰⁸ A. Touati, « Typosquatting : faut-il prévoir un nouveau cadre juridique pour lutter contre cette cybermenace ? », disponible sur le site www.actualitesdudroit.fr, 28 juin 2018.

¹⁰⁹ I. Chaperon, « Piratage massif de données au tribunal », *Le Monde*, 28 juin 2018.

¹¹⁰ La structure des adresses mail rend cette pratique très aisée : il suffit de changer un .fr en .com ou .org pour tromper la personne réceptionnant le mail.

Doctrine.fr, les greffes auraient reçu des milliers de mails provenant d'expéditeurs utilisant des adresses faisant référence aux noms d'universités de premier plan, de grands cabinets d'avocats ou encore à AvocatLine, un service de messagerie destiné aux avocats et professions juridiques... créé, parmi d'autres, par les dirigeants de Doctrine.fr¹¹¹. Dès cette révélation, les réactions s'enchaînent : Infogreffe arrête son partenariat en septembre 2018¹¹². Le Conseil national des barreaux (CNB) annonce son intention de porter plainte en octobre 2018, ce qu'il fera en septembre 2019¹¹³. Enfin, en avril 2020, les cinq plus grands éditeurs juridiques français se sont regroupés pour attaquer Doctrine.fr pour concurrence déloyale¹¹⁴.

La défense du PDG de Doctrine.fr, Nicolas Bustamante, peut surprendre. Son principal argument est que « l'accès aux décisions de justice est un principe du droit » ... peu importe donc que les décrets d'application n'aient pas été adoptés, et que l'entreprise ait usurpé l'identité d'avocats ou d'universitaires pour les obtenir¹¹⁵. Sans doute conscient que cet argument ne le servait pas, il a par la suite avancé la justification suivante¹¹⁶ : « Nos services techniques m'ont dit avoir créé ces noms de domaine à la demande d'un stagiaire qui a quitté l'entreprise¹¹⁷ ». L'arrivée d'une « directrice juridique et la mise en place d'un code de bonne conduite » conduira par la suite M. Bustamante à conclure que « Pour nous, c'était 'réglé'¹¹⁸ ». Parallèlement, il était révélé que Doctrine.fr aurait également tenté de s'approprier le nom de domaine de son principal concurrent, Predictice.fr¹¹⁹. Enfin, des avocats se sont plaint auprès de la CNIL de l'établissement systématique de fiches sur le site où, en plus des coordonnées du professionnel, il est possible de retrouver toutes les décisions de justice où ils sont conseils ainsi que le nom de leurs clients, même ceux dont la procédure est toujours en cours¹²⁰.

Le contentieux des demandes massives de décisions. Doctrine.fr a également tenté d'obtenir des greffes des différents tribunaux judiciaires la communication massive de toutes les décisions qu'ils avaient en leur possession. En réponse au rejet par le greffe du Tribunal de grande instance (TGI) de Paris d'une demande formée en mars 2017, elle a saisi la CADA qui rendit deux décisions favorables les 7 septembre 2017 et 14 décembre 2017¹²¹. Ces dernières sont (très) surprenantes, car elles reviennent sur l'ancienne doctrine affirmant que les décisions judiciaires ne sont pas des documents administratifs¹²². Le précédent argument de la

¹¹¹ « Après les accusations, Doctrine.fr se dévoile (un peu) », disponible sur village-justice.com, 29 octobre 2018.

¹¹² « La start-up Doctrine attaquée par l'Ordre des avocats de Paris », *Les Echos*, 27 septembre 2018.

¹¹³ « Le CNB et le barreau de Paris ont déposé une plainte pénale contre doctrine.fr », disponible sur le site www.cnb.avocat.fr. Les motifs sont les suivants : « usurpation du titre d'avocat, escroquerie, vol simple et accès et maintien frauduleux dans un système informatique, usurpation d'identité, recel et traitement automatisé d'informations nominatives sans déclaration préalable à la CNIL ». L'un des fondements de la plainte était le refus de Doctrine.fr de supprimer l'identification des avocats dans leurs bases de données.

¹¹⁴ N. Turcev, « Cinq éditeurs juridiques attaquent Doctrine.fr pour "concurrence déloyale" », *Libres Hebdo*, 7 avril 2020. Selon un avocat, « "Il y a sur le site d'innombrables décisions du tribunal de grande instance de Paris [...] alors même que le président [de ce tribunal] nous a dit 'nous n'avons jamais donné aucune décision à Doctrine.fr'" ».

¹¹⁵ « Doctrine.fr lève 10 millions d'euros sur fond de polémique », disponible sur le site frenchweb.fr, 29 juin 2018.

¹¹⁶ Lorsque cette communication a été prononcée dans le cadre de l'université d'été dont est issue cette étude, M. Bustamante, présent, n'a pas souhaité apporter d'autres éléments lors du rappel de ces faits.

¹¹⁷ D. Iweins, « Open data des décisions de justice : un marché sans foi ni loi », *Les Echos*, 25 juillet 2018.

¹¹⁸ « Après les accusations, Doctrine.fr se dévoile (un peu) », *op. cit.*

¹¹⁹ A. Dumourier, « Predictice affirme avoir été victime d'une attaque de typosquatting de son concurrent Doctrine », disponible sur le site www.lemondedudroit.fr, 28 septembre 2018.

¹²⁰ D. Iweins et D. Loye, « La guerre s'intensifie entre Doctrine et les avocats » *Les Echos*, 27 juin 2019. Doctrine.fr obtient ces informations par le traitement des décisions de justice.

¹²¹ CADA, avis n° 20171247, séance du 7 septembre 2017 et avis n° 20174865, séance du 14 décembre 2017.

¹²² Avis précité du 3 novembre 2005.

séparation des pouvoirs – qui avait été conforté par le Conseil d'État en 2010¹²³ – s'est visiblement effacé au prix d'une confusion entre le droit à la diffusion massive et libre des décisions de justice et le droit à la réutilisation des données¹²⁴, dont la CADA se fait la gardienne. Suite à ces décisions que le greffe du TGI de Paris refuse d'appliquer, l'entreprise saisit son président qui rend une ordonnance de rejet le 6 octobre 2017¹²⁵. En appel la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 décembre 2018, a toutefois donné raison au requérant en reprenant le raisonnement de la CADA¹²⁶.

Le ministère de la Justice a réagi rapidement en posant dans une note datée du 19 décembre 2018 – soit le lendemain de la décision de la Cour d'appel – *le principe de l'interdiction de la transmission massive de décisions par le greffe d'une juridiction*¹²⁷. Le ministère justifie cette position en se fondant sur « l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et la protection des données à caractère personnel¹²⁸ ». Si l'affaire fait état d'un contexte peu objectif et serein vis-à-vis de Doctrine.fr, cette note aurait sans doute passé le contrôle de légalité pour trois raisons. Tout d'abord, le ministère de la Justice a toujours affirmé que la diffusion des décisions en open data se ferait par les juridictions suprêmes, et non par les greffes des tribunaux. Ensuite, ce choix s'explique, ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, avant tout pour des raisons technique et humaine : les demandes massives auraient sinon « pour effet de désorganiser le service du greffe de la juridiction¹²⁹ ». Enfin et surtout, les décisions qui sont communiquées par le greffe ne sont pas anonymisées. Même si les *legaltech* enlèvent les principales données d'identification, cette responsabilité doit être celle de l'État¹³⁰, si l'on veut éviter tout risque de contournement des règles de protection des données personnelles¹³¹. À titre accessoire, il s'agit également de la condition pour que chaque opérateur privé ait un accès égal à la jurisprudence. Cette procédure s'est achevée avec le dernier arrêt du 25 juin 2019 de la Cour d'appel de Paris¹³² qui, prenant acte de cette note, a finalement donné raison au ministre de la Justice¹³³. En revanche, lorsque Doctrine.fr demande la copie d'un seul arrêt au greffe, celle-ci a bien été reconnue légitime par la cour d'appel de Douai en janvier 2019¹³⁴.

¹²³ CE, arrêt du 7 mai 2010, *Bertin*, n° 303168, cons. 4 : « Considérant que les documents, quelle que soit leur nature, qui sont détenus par les juridictions et qui se rattachent à la fonction de juger dont elles sont investies, n'ont pas le caractère de document administratif pour l'application de la loi du 17 juillet 1978 ».

¹²⁴ Articles L. 321-1 et L. 321-2 du CRPA.

¹²⁵ TGI de Paris, ch. des requêtes, arrêt du 6 octobre 2017, n° 17/02017.

¹²⁶ CA Paris, arrêt du 18 décembre 2018, n° 17/22211. Sur cette affaire, v. le billet du professeur Letteron, « L'accès aux décisions de justice, ou le dispositif "Anti-Doctrine" » publié sur son blog le 6 janvier 2019.

¹²⁷ « La diffusion de décisions en masse répondant à des demandes dont il est manifeste qu'elles ne portent pas sur une ou plusieurs affaires en particulier, mais sur la jurisprudence de la juridiction dans une ou plusieurs matières sera en principe évitée », *Note relative au traitement des demandes de copie de décisions judiciaires émanant de tiers à l'instance*, 19 décembre 2018 (NOR: JUSB1833465N), p. 6.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Même un auteur aussi favorable à l'open data (et l'un des rares à avoir soutenu Doctrine.fr) que le professeur Letteron estime que l'anonymisation par les *legaltech* pose problème : « Par ailleurs, à qui doit-on confier cette anonymisation ? La solution la plus évidente serait de la confier au service public lui-même, mais il a peu de moyens financiers et techniques. Le choix de la confier au secteur privé, à ceux-là mêmes qui demandent accès ne pourrait se justifier que s'il s'accompagnait d'un véritable contrôle des algorithmes et d'accords de confidentialité assez proches de ceux qui existent, par exemple, dans le domaine de l'armement », « Veut-on fermer l'Open Data ? » billet publié sur son blog le 20 mars 2018.

¹³¹ Rapport Cadet, *op. cit.*, p. 56.

¹³² CA Paris, arrêt du 25 juin 2019, n° 19/04407.

¹³³ « Doctrine.fr contre-attaque face à la ministre de la justice », *Capital*, 9 juillet 2019. Nicolas Bustamante a alors annoncé son intention de saisir la CEDH. V. eg. I. Chaperon, « L'information juridique en procès », *Le Monde*, 5 août 2019.

¹³⁴ CA Douai, arrêt du 21 janvier 2019, n° 18/06657.

2) De la transparence au risque de profilage de la justice

Un profilage légitime des avocats. Lors de la rédaction des articles 20 et 21 de la loi Lemaire, et dans la continuité des recommandations de la CNIL et de la Cour de cassation, le Gouvernement avait pris soin de préciser que les décisions de justice devaient respecter « la vie privée des personnes concernées ». Seule l'anonymisation des parties au procès était alors envisagée¹³⁵. Toutefois, une partie des professionnels ont pris rapidement conscience que l'open data risquait d'aboutir à des formes de profilage, et la collecte massive des décisions de justice opérée par Doctrine.fr n'était pas de nature à les rassurer. La situation doit cependant être distinguée entre les magistrats et les auxiliaires du service public de la justice que sont les avocats.

L'intérêt de ficher le nom de ces derniers et de recouper leurs activités est évident. Le client de l'avocat devient enfin un consommateur comme un autre, et il a besoin d'éléments accessibles pour effectuer son choix. Ainsi, les sites de comparaison et de notation des avocats ont été autorisés récemment par la Cour de cassation¹³⁶. Pour une profession concurrentielle, envers laquelle le citoyen est souvent démuni face à un discours et des références qu'il ne maîtrise pas, une telle évolution semble bienvenue (d'autant plus que certaines pratiques publicitaires douteuses se sont répandues ces dernières années)¹³⁷. Comme pour les autres sites de comparaison d'avis (biens culturels, restaurants ou hôtels), la notation qui en résulte est loin d'être une solution miracle, voire pertinente, mais elle marque un premier pas vers une normalisation de ce service. La profession a accueilli positivement cette ouverture dans un premier temps¹³⁸, et une décision du CNB de 2017 s'est prononcée contre l'occultation du nom des avocats¹³⁹, avant que la position inverse soit finalement adoptée deux ans plus tard¹⁴⁰.

De la personnalisation de la justice au profilage des magistrats. À l'évidence, la publication des noms des magistrats augmenterait les risques de pression, voire d'intimidation ou de violence¹⁴¹, envers ceux identifiés dans des affaires sensibles ou médiatiques (et *quid* des prud'homaux ?)¹⁴². Mais elle risque plus fondamentalement de dénaturer le modèle républicain de justice à la française en conduisant à sa *personnalisation* voire sa *subjectivisation*¹⁴³. On le sait, c'est dans la culture anglo-saxonne que s'est développée cette alternative, symbolisée par la maxime : « *A good lawyer knows the law, an excellent lawyer knows the judge*¹⁴⁴ ». Aux États-Unis, la

¹³⁵ Nous reviendrons *infra* sur cette question.

¹³⁶ C. Cass., 1^{ère} ch. civ., arrêt n° 561 du 11 mai 2017 (16-13.669). Cf. F. G'sell, « Vers la généralisation de l'évaluation en ligne des avocats ? », *JCP G*, n° 27, 3 juillet 2017, p. 1301.

¹³⁷ Cf. la tribune rédigée par Me Bernard Lamon : « Non, les avocats ne veulent pas être anonymes », *Le Point*, 19 juillet 2019.

¹³⁸ « 87 % des avocats seraient opposés à l'anonymisation des décisions de justice, notamment chez les 60 ans et plus (94 %), ceux qui exercent en individuel (92 %), les indépendants (92 %) et les avocats travaillant dans le droit pénal (94 %) », *Dalloz actualité*, 13 juin 2019 (étude IFOP pour la *legaltech* Doctrine.fr).

¹³⁹ Résolution adoptée par l'Assemblée générale du CNB des 3 et 4 février 2017.

¹⁴⁰ Résolution adoptée par l'Assemblée générale du CNB du 15 juin 2019. Il est difficile de spéculer ici sur les causes de ce revirement du CNB.

¹⁴¹ Rapport Cadiet, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴² « Soumis à des pressions, le magistrat n'est plus en mesure de rendre la justice sereinement et dans le respect des règles de droit qui doivent être ses seules références », « Pourquoi l'USM demande l'anonymisation des décisions de justice ? », communiqué du 19 novembre 2018.

¹⁴³ « L'attention portée aux noms des juges pourrait ainsi avoir un effet d'entraînement et accroître la dimension subjective de la décision : si le juge sait que sa décision ne sera plus perçue comme celle de l'institution, mais comme la sienne, avec les démarches de profilage qui vont avec, ne sera-t-il pas plus largement tenté d'exprimer sa personnalité ? », Rapport Cadiet, *op. cit.*, p. 193.

¹⁴⁴ J.-P. Jean, « Propos introductifs », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *op. cit.*, p. 11.

justice est légitime parce que certains traits de caractère du juge sont connus, la justice est personnalisée par le magistrat ; on va ainsi devant *sa* chambre¹⁴⁵. Depuis le développement de l'open data, plusieurs sites américains ont accentué cette caractéristique en permettant au justiciable de chercher le parcours, les conditions de nomination et l'affiliation politique d'un juge¹⁴⁶. En France, la justice est traditionnellement légitime parce qu'elle personnalise le peuple : le juge est un agent sans nom, sans visage et sans lieu d'affectation durable. Les deux visions ont leurs avantages et leurs inconvénients, mais il paraît plus prudent – dans le contexte actuel de défiance de la justice – d'essayer de maintenir celle traditionnelle plutôt que de bousculer le système¹⁴⁷. Le risque de passer d'une critique des décisions de justice vers une critique de la personne du juge est trop grand. La situation n'est pas comparable à celle des avocats, puisque les citoyens ne sont pas des « consommateurs de droit » vis-à-vis de la justice, comme le prétend de façon surprenante le rapport Cadiet¹⁴⁸, mais ils sont soumis au droit¹⁴⁹.

La personnalisation de la justice a enfin comme conséquence le risque de *profilage* des juges. Le 24 mars 2016, Michaël Benesty fait paraître sur le site du Village de la Justice une étude à charge contre l'impartialité du juge administratif dans le contentieux des obligations de quitter le territoire¹⁵⁰. Fervent promoteur des logiciels de justice « prédictive », l'auteur expliquait avoir fait analyser par le sien – dénommé Supralegem – la jurisprudence rendue par les Cours administratives d'appel de Marseille, Paris, Nancy et Douai disponible sur Légifrance. Liant les résultats de ces recours au nom du président de la chambre concernée (dont il écrit le nom en toutes lettres), il en concluait que les écarts entre ces juridictions ne pouvaient être dus qu'à la partialité de leurs magistrats. Cet article, traduit en anglais puis largement diffusé et repris auprès des milieux open data, des *legaltech* et de l'intelligence artificielle, a produit à juste titre une forte émotion auprès des magistrats. Il est représentatif d'un des aspects les plus inquiétants de la révolution numérique : quelques programmeurs croient pouvoir mettre en algorithme toutes les activités humaines – c'est l'idéologie du « solutionnisme¹⁵¹ » – alors qu'ils ne connaissent peu ou prou le fonctionnement et la complexité de ces dernières (et notamment de l'activité juridique). On pourrait sourire du fait que l'auteur, ingénieur en *machine learning*¹⁵², se base uniquement sur la sélection des décisions *disponibles* ou que la doctrine préfectorale, à l'origine des recours, est ignorée... comme du fait qu'il ne savait pas que dans une formation collégiale, il est farfelu de lier le résultat d'un recours au seul nom de son président¹⁵³. Si le profilage était ici utilisé à des fins commerciales (promouvoir son Supralegem), il pourrait induire dans d'autres contextes le développement du « *forum shopping* ». Ainsi, des avocats prévoyaient dès l'entrée en vigueur de la loi de 2016 d'utiliser expressément l'open data pour profiler les juges¹⁵⁴. Or, la libre diffusion de leurs

¹⁴⁵ A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, coll. « Histoire et Document », 2003, p. 159 et *sq.*

¹⁴⁶ Cf. les sites Court Listener : free.law/tag/courtlistener.html ou Lex Machina lexmachina.com.

¹⁴⁷ E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, « La mémoire numérique des décisions judiciaires... », *op. cit.*, p. 1483.

¹⁴⁸ Rapport Cadiet, *op. cit.*, p. 193.

¹⁴⁹ Il faut vraiment n'avoir jamais utilisé une plateforme de notation pour penser que la publication officielle des noms des magistrats permettra de sécuriser ces dernières (*ibid.*, p. 45).

¹⁵⁰ Cette étude sera reprise sur le site Supralegem.fr quelques jours plus tard (ce site a désormais disparu).

¹⁵¹ E. Morozov, *Pour tout résoudre, cliquez ici : l'aberration du solutionnisme technologique*, Limoges, Fyp éditions, 2014, 355 p.

¹⁵² Sur les réseaux sociaux, M. Benesty affiche toutefois une maîtrise de droit obtenue dans une grande université parisienne ainsi que la pratique de la profession d'avocat fiscaliste pendant 3 ans.

¹⁵³ L'auteur ne semblait pas savoir que la fonction de juge des référés n'est pas attribuée à un magistrat fixe, mais est alternée en fonction du temps. En outre, si M. Benesty estime que l'open data permettra de lutter contre la partialité, il oublie que seule une partie au procès peut saisir le CSM.

¹⁵⁴ N. Hetozg, « De l'ouverture des données juridiques publiques vers l'avènement des outils de justice prédictive », *Dalloz Avocats*, n° 1, janvier 2017, p. 17.

décisions ne doit pas être un vecteur de contournement de certaines juridictions¹⁵⁵, même si ces pratiques existent déjà localement ou de manière informelle pour les sociétés les plus puissantes¹⁵⁶.

Un profilage contraire à la dignité. L'exemple de Supralegem montre que le risque face à la publication des noms des magistrats ne réside pas dans le fait que des études algorithmiques puissent être réalisées, mais bien *qui* les fait. Le profilage prendrait deux formes bien distinctes. Une première, statique, par la collecte des noms dans le big data, et une seconde, dynamique, par l'utilisation des outils mis en place par les services d'utilisation de ce big data¹⁵⁷. Le profilage algorithmique est parfois présenté comme une simple modernisation de la pratique ancestrale et naturelle de catégorisation des juges par les avocats. Il s'agit pourtant de deux pratiques différentes : entre un avocat qui, par son expérience, son analyse juridique et sa psychologie, oriente son argumentation en fonction de ce qu'il comprend du magistrat et un logiciel qui, froidement, lui expliquerait des tendances à partir de l'analyse des décisions qu'il a rendues dans le big data, on voit un véritable changement de paradigme. Le profond malaise que cause le profilage des magistrats est le cynisme de ceux qui le soutiennent : dans ce modèle, le juge est *réifié* comme un ensemble de données qui seront étudiées par une « intelligence artificielle », alors que dans le modèle traditionnel, il reste un individu¹⁵⁸. La justice n'est plus perçue comme l'institution qui permet la vie en commun, mais comme une contrainte, un coût, qu'il convient d'analyser « objectivement » sous l'aune des divines statistiques : un modèle profondément déshumanisé¹⁵⁹. Ainsi, l'interdiction du profilage pourrait très légitimement avoir comme fondement la protection de la dignité de la personne humaine.

Lors de l'affaire Supralegem, le syndicat de la juridiction administrative a dénoncé « un parti pris univoque et fondamental [...] maladroitement maquillé de raisonnement juridique¹⁶⁰ ». Un conseiller à la Cour de cassation a également dénoncé les fragilités de la démonstration, et notamment la confusion entre corrélation et causalité¹⁶¹. Dans l'ensemble, les magistrats judiciaires, et particulièrement l'Union syndicale des magistrats (USM)¹⁶², dénoncèrent les risques que faisait porter le profilage sur le service public de la justice¹⁶³.

¹⁵⁵ « La collecte massive d'informations sur la personne des juges, des greffiers ou des avocats, permettant de générer des statistiques sur l'ensemble de leur activité professionnelle et de leurs "performances", voire de leur système de valeurs (nombre d'affaires par an, moyenne de temps de traitement, résultats, motivation, etc.) n'intègre pas [la] finalité [l'*open data*] », J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ « Le DRH d'un grand groupe du CAC 40 qui a son siège à Nanterre sait très bien ce que lui "coûtera" un licenciement devant le conseil de prud'hommes de Nanterre. Il se dit – et s'écrit – que les compagnies d'assurance tiennent des bases de données "privées" relatant la pratique des juges compétents en matière d'assurance », Entretien avec Me Hannotin, « Profilage des magistrats : Nous sommes en train de créer une "exception française" », *Le Point*, 17 mars 2019.

¹⁵⁷ Doctrine.fr accorde, par principe, un accès gratuit à son service à tous les magistrats français. Elle offre un outil en ligne de surlignage des décisions qui permettrait, si les données étaient gardées (ce qui nie la direction), d'analyser et de synthétiser les éléments qui retiennent principalement l'attention de son utilisateur.

¹⁵⁸ On ne peut s'empêcher de penser que le profilage, outre sa contrariété avec les valeurs juridiques, philosophiques et morales, n'est pas efficace stratégiquement. Il pourrait influencer l'appréciation des faits, mais pas celle du droit.

¹⁵⁹ Sur cette vision du monde, qui ne s'arrête pas à la justice, v. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, coll. « Essais », 2015, 512 p.

¹⁶⁰ « Halte au procès d'intention », *AJDA*, 2016, p. 809.

¹⁶¹ V. Vigneau, « Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive », *Dalloz*, 2018 p. 1095.

¹⁶² C. Fleuriot, « Avec l'accès gratuit à toute la jurisprudence, des magistrats réclament l'anonymat », *Dalloz actualité*, 6 février 2017.

¹⁶³ L'*open data* « permettra de bâtir des modèles statistiques à partir du nom des magistrats qui en sont à l'origine. Tel président d'audience correctionnelle pourra donc être considéré plus laxiste ou au contraire plus sévère qu'un

Toutefois, des membres de la Cour de cassation, suivant le président Louvel, s'étaient prononcés pour que le nom des magistrats ne soit pas anonymisé¹⁶⁴. Il a aussi été avancé qu'il s'agissait d'une opportunité qui permettrait, en réaction, un retour vers plus de collégialité¹⁶⁵, sans que cet argument puisse convaincre¹⁶⁶. Selon le décompte effectué par le rapport Cadiet, les premiers présidents des juridictions judiciaires étaient globalement défavorables à cette anonymisation¹⁶⁷, là où les magistrats administratifs (vice-président du Conseil d'État¹⁶⁸ et les syndicats¹⁶⁹) et les procureurs¹⁷⁰ se sont prononcés pour.

II) UNE APPLICATION INCERTAINE

Le succès du mouvement open data repose sur sa capacité à renforcer la transparence, c'est-à-dire à consolider notre démocratie. S'il est encore trop tôt pour faire un bilan général, l'ouverture de certaines données publiques répond assurément à une aspiration profonde : contrôler l'administration, la lutte contre la corruption... Toutefois, l'open data des décisions de justice est-elle une open data comme les autres ? Si l'on est célibataire a-t-on intérêt à connaître les décisions du juge aux affaires familiales ? Un fonctionnaire s'intéressera-t-il à la jurisprudence sur la cession d'un fonds de commerce ? Il s'agit bien évidemment d'exemples caricaturaux, mais qui soulèvent une véritable question : la réforme de 2016 présente-t-elle un intérêt général pour les citoyens ? Reconnaissons-le, l'open data des décisions de justice bénéficiera indiscutablement aux universitaires, tant pour leurs recherches personnelles que pour leurs partenariats avec les pouvoirs publics¹⁷¹. Les apports pratiques pour les justiciables paraissent dès lors très limités, notamment par rapport à ce qui avait été annoncé (A). En outre, ils doivent être mis en perspective vis-à-vis des risques que fait courir l'open data des décisions de justice sur le droit à la vie privée (B).

autre, sans tenir compte de la collégialité dont la composition varie presque à chaque audience », « Pourquoi l'USM demande l'anonymisation des décisions de justice ? », communiqué du 19 novembre 2018. Cf. eg. Le communiqué du 4 mai 2018.

¹⁶⁴ Cf. l'entretien avec Ronan Guerlot « Les magistrats n'ont pas à rougir des décisions qu'ils rendent », *Le Point* du 21 mars 2017.

¹⁶⁵ Pour Dominique Lottin, première présidente de la cour d'appel de Versailles, « Nous sommes responsables de nos décisions [...] qui sont rendues publiquement ». « [Il faut donc revenir] à la collégialité dans un certain nombre de domaines sensibles », C. Fleuriot, « Avec l'accès gratuit à toute la jurisprudence... », *op. cit.*

¹⁶⁶ Le recul de la collégialité n'est pas dû à l'anonymat des magistrats, mais à la volonté de faire des économies et d'accélérer les procédures. Une diminution du nombre de juges uniques ne pourra pas être acceptée politiquement, d'abord parce que l'état actuel de la célérité de la justice française n'est pas glorieux, ensuite parce que cela aurait comme conséquence une augmentation drastique du nombre de postes.

¹⁶⁷ Le rapport Cadiet cite les avis du premier président de la Cour de cassation et de la Conférence nationale des premiers présidents de cours d'appel (p. 46) ainsi que de la Conférence nationale des présidents de TGI (p. 51).

¹⁶⁸ Rapport Cadiet, *op. cit.*, p. 48

¹⁶⁹ Cf., communiqué de l'USMA du 9 juillet 2017, « Audition USMA - Mission d'étude et de préfiguration relative à l'open data des décisions de justice ». V. eg. les comptes-rendus du SJA et de l'USMA du 19 février 2020 contre le projet de décret.

¹⁷⁰ Rapport Cadiet, *op. cit.*, p. 49.

¹⁷¹ Dès 2016 était annoncé par le ministère de la Justice que des partenariats seraient conclus avec des universitaires pour utiliser les données des juridictions pour permettre « l'élaboration de barèmes qui pourront être communiqués via le portail Internet justice.fr », T. Lesueur, « Informatique judiciaire et perspectives de l'open data pour les juridictions », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 22. V. eg. C. Arens, « La diffusion de sa jurisprudence par une cour d'appel », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 74

A) UN ENJEU PRATIQUE LIMITÉ : DE LA CONNAISSANCE DES DÉCISIONS À LA CONNAISSANCE DU DROIT

Pour une définition stricte de la notion de donnée publique. La notion de donnée publique est classiquement distinguée de celle de donnée personnelle¹⁷². Cependant, la politique d'open data vient bouleverser cette séparation en faisant, par exemple, des données personnelles de nos gouvernants des données publiques en libre accès, pour renforcer la transparence de la vie publique¹⁷³. L'ancienne distinction était également fondée sur la capacité de réutilisation des seules données publiques¹⁷⁴, alors que désormais les données personnelles sont tout autant (voire plus) réutilisées. Au-delà de leur définition formelle¹⁷⁵, l'objectif reste l'accessibilité de ces données publiques par les citoyens. Cette accessibilité doit être interne, c'est-à-dire que l'État doit les rendre accessibles aisément sur Internet (comme avec data.gouv.fr). Mais elle doit également être externe, c'est-à-dire qu'elle doit être compréhensible par les non-spécialistes. Elles nécessitent alors d'être « exploitées » sous la forme de statistiques, de graphiques, *etc.* Cet aspect est souvent méconnu car évident : l'open data des dépenses publiques ou du patrimoine des gouvernants sont ainsi directement accessibles. Cela conduit à distinguer une *donnée publique* d'une *information publique*¹⁷⁶ : les données sont des lettres ou des chiffres sans signification, là où l'information est une donnée incluse dans un contexte¹⁷⁷. Or, plus l'effort de contextualisation est important et moins l'open data est utile. Par exemple, il fait peu de doute que l'open data des consultations du grand débat national sera aisément accessible aux citoyens. On peut être plus dubitatif concernant les décisions de justice, dont seule une minorité de professionnels pourra se saisir (1), d'autant plus que la légitimité de leur réutilisation est contrastée (2).

1) Une utilité limitée aux professionnels

L'open data permet-elle théoriquement une meilleure connaissance du droit ?

L'open data des décisions de justice permettrait de favoriser la connaissance du droit¹⁷⁸. Pourtant à l'état brut, elles sont le plus souvent inutilisables¹⁷⁹. Elles n'ont d'intérêt que mises en relation avec le big data, c'est-à-dire l'ensemble de la jurisprudence. Toutefois la plus-value de ce traitement par les *legaltech* est incertaine. En effet, le droit est un système régi par des

¹⁷² G. Koubi, « Équivoque administrative de la notion de donnée publique », *JCP A*, n° 18-19, 7 mai 2018, p. 2142, §1.

¹⁷³ C.-E. Senac, « Données personnelles et transparence de la vie publique », *RDLF*, 2018, chron. 119, 14 p.

¹⁷⁴ G. Koubi, « Équivoque administrative de la notion de donnée publique », *op. cit.*, §7.

¹⁷⁵ L'ordonnance du 23 octobre 2015, en abrogeant l'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978, a fait succéder la notion de donnée « administrative » à celle de donnée publique (article L. 300-2 du CRPA) : « documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission »

¹⁷⁶ G. Koubi, « Équivoque administrative de la notion de donnée publique », *op. cit.*, §14 et *sq.*

¹⁷⁷ Cf., l'étude de la CEPEJ du Conseil de l'Europe faisant suite à sa *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, disponible sur le site www.coe.int/fr/web/cepej/home, p. 19.

¹⁷⁸ Rapport Cadiet, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷⁹ Lors de l'examen des amendements, le sénateur Alain Richard avait noté : « la publication en ligne généralisée de tous les jugements aura surtout pour effet de produire une masse informe et confuse de données. En effet, aucune donnée ne peut être utilisée dans une décision de justice si aucun travail d'analyse du contenu n'a été engagé préalablement », cf. compte-rendu intégral du débat du 27 avril 2016, *JORF* du 28 avril 2016, p. 5918.

relations d'imputation¹⁸⁰. Or, l'accumulation de données judiciaires et son traitement par des algorithmes ne permettront de révéler que des liens de *causalité*. Le risque est de transformer un résultat statistique en norme « scientifique », dont l'effet performatif sera probable¹⁸¹. Selon le président Sauvé, « Les algorithmes risquent ainsi de cristalliser la jurisprudence¹⁸² ». Or, la justice doit rester un phénomène vivant et dynamique, et l'activité juridictionnelle ne peut se résumer à un flux statistique : la contextualisation et l'individualisation du procès, d'Aristote à Beccaria, sont au fondement de notre culture juridique. Ce n'est pas être technophobe de constater que le développement technologique actuel ne permet à aucun algorithme de modéliser le raisonnement juridique¹⁸³. Même si les *legaltech* prétendent défendre l'accès au droit et l'adage « nul n'est censé ignorer la loi¹⁸⁴ », elles agissent – et c'est légitime – uniquement dans un objectif de profit. En revanche, soutenir que des « intelligences artificielles » peuvent effectuer le même travail que des juristes est plus contestable et opportuniste¹⁸⁵.

La question n'est pas tant *que faire* des statistiques, mais *pourquoi faire* des statistiques ? Quelles analyses seront capables de produire les *legaltech* autres que des moyennes ou des écarts-types, c'est-à-dire des numérations non contextualisées ? Quand bien même les données sont exploitables par des logiciels d'intelligence artificielle, elles n'en deviennent pas pour autant systématiquement pertinentes¹⁸⁶. Certes, l'open data permettra de développer des référentiels, comme un indicatif d'indemnisation des préjudices corporels, ou des barèmes¹⁸⁷. Même si le ministère de la Justice prévoit la création de son propre algorithme, DataJust¹⁸⁸, ce seront surtout les secteurs porteurs des plus gros enjeux financiers qui en bénéficieront (droit des affaires, du commerce, des assurances...), et les apports seront plus limités pour les autres, notamment le droit public. C'est-à-dire que les données fournies par l'open data des décisions de justice ne seront vraisemblablement pas (ré)utilisées par ces sociétés pour analyser le contentieux de l'annulation de pouvoir, qui nous semblait pourtant le plus prometteur pour le renforcement de notre démocratie. Enfin, un effet pervers de la *prévisibilité* des décisions de

¹⁸⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1962), 2^{de} édition, Paris et Bruxelles, Bruylant et LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1999, p. 83 à 107.

¹⁸¹ L'algorithme ne peut rendre compte que d'une vérité statistique, c'est-à-dire d'une vérité empirique. Le droit ne cherche pas ce type de vérité (car il la sait inatteignable), mais préfère chercher la vérité judiciaire. Cf., l'article de Clarisse Valmalette publié à l'AIJC 2019.

¹⁸² J.-M. Sauvé « La justice prédictive », *op. cit.*, p. 3. L'open data conduirait à remettre en cause « la notion même de jurisprudence », C. Arens, discours le 7 novembre 2019 en ouverture du colloque *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, disponible sur le site de la Cour de cassation, p. 2

¹⁸³ Y. Meneceur, « Quel avenir pour la "justice prédictive" », *op. cit.*, §15 et *sq.*

¹⁸⁴ Q. Périnel, « Il est anormal que seul 1% du droit français soit consultable en ligne. Entretien avec Nicolas Bustamante », *Le Figaro*, 2 octobre 2019. Le sens juridique de l'adage n'est évidemment pas celui défendu par le PDG de Doctrine.fr.

¹⁸⁵ « Il n'est guère difficile de voir tout ce qu'il peut y avoir d'idéologique et d'erroné à prétendre révéler un comportement par un traitement chiffré », Y. Meneceur, *L'intelligence artificielle en procès. Fondements d'un cadre juridique international et européen de l'intelligence artificielle*, Paris, Larcier, coll. « Macro droit- Micro droit », 2020, p. 61.

¹⁸⁶ Pascale Deumier cite ainsi un rapport remis à la Mission de recherche Droit et Justice par L. Godefroy, F. Lebaron et J. Lévy-Vehel (*Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision*, juillet 2019, p. 20), pour lequel l'analyse massive de décisions dans les contentieux des prestations compensatoires et du préjudice corporel se sont avérées inutilisables, P. Deumier, « Une autre jurisprudence ? », *JCP G*, n° 10, 9 mars 2020, doct. 277, §2, note 7.

¹⁸⁷ Cf. eg. C. Arens, « La diffusion de sa jurisprudence par une cour d'appel », *op. cit.*, p. 73 ; le rapport effectué pour la mission de recherche droit et justice sous la direction de Stéphane Gerry-Vernières : *La barémisation de la justice* (2019, malheureusement non disponible).

¹⁸⁸ Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust » (NOR : JUST1930979D), *JORF* du 29 mars 2020. Cf. A. Bensamoun et T. Douville, « Datajust, une contribution à la transformation numérique de la justice », *JCP G*, n° 19, 11 mai 2020, p. 582 ; Y. Meneceur, « DataJust, face aux défis de l'intelligence artificielle », *JCP G*, n° 40, p. 1708 à 1714.

justice qui en découlera est le « provisionnement » : « serait-il légitime qu'une entreprise puisse, au terme d'une analyse coût/avantage résultant de l'examen du niveau de sanctions localement ou nationalement prononcées en matière d'homicide ou de blessures involontaires, considérer qu'une prise de risque relative aux conditions de sécurité de ses salariés serait préférable à la réalisation d'investissements de sécurisation coûteux ?¹⁸⁹ ». Le caractère dissuasif du droit doit être maintenu par sa capacité à juger au cas par cas les comportements illicites.

L'open data permet-elle concrètement une meilleure connaissance du droit ?

Jusqu'à présent, les décisions qui n'étaient pas publiées ne présentaient pas d'intérêt juridique. Évidemment, cette dernière notion est subjective, d'autant plus que ce sont les magistrats, eux-mêmes, qui l'appliquent. Toutefois, deux siècles de pratique ont quand même permis de tracer un cadre assez sécurisé¹⁹⁰. Sans compter qu'un revirement de jurisprudence ou l'interprétation d'une nouvelle loi ne peuvent pas rester secrets : ce n'est pas l'intérêt de la justice. La publication repose soit sur son apport pour le droit, soit pour l'intérêt public accordé aux faits. *A contrario*, l'open data vise des décisions pour lesquelles « Il est vain d'y rechercher un enseignement de portée générale, qui dépasserait les frontières du litige soumis à la juridiction¹⁹¹ ». Certes, ces décisions recèlent des informations utiles pour des non-juristes (les sociologues, les géographes...) ¹⁹². Néanmoins, leur complexité fait qu'il sera très difficile pour ces chercheurs de s'en saisir, autrement qu'à titre très exceptionnel¹⁹³. En outre, si les décisions des juges du fond ne seront plus confinées, l'open data ne permettra pas à chaque décision – isolée parmi plusieurs *millions* – d'être analysée, si ce n'est par rapport aux moyennes du big data. L'ancien système de sélection ne peut donc que perdurer.

En revanche, pour les avocats plaissant une affaire sur des enjeux factuels, il sera utile d'avoir accès à l'ensemble des décisions, notamment devant le juge administratif qui dispose grâce à Ariane de toute la jurisprudence¹⁹⁴. Également, le temps passé à la recherche juridique ne pourra que diminuer dans les années à venir grâce au développement des moteurs de recherches. Mais l'open data ne révolutionne pas la fonction des avocats, qui est – comme pour tout juriste – *d'interpréter et de questionner le droit* et non pas de *trouver le précédent*¹⁹⁵. Il risque aussi de se développer une inégalité entre les cabinets ayant les moyens d'acheter les (nombreux)¹⁹⁶ abonnements proposés par les *legaltech* et les autres¹⁹⁷. Aux États-Unis, la banalisation de ces services a atteint un tel point que leur non-usage tendrait à devenir une faute professionnelle¹⁹⁸ !

2) Une légitimité ambivalente dans la société démocratique

¹⁸⁹ E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, « La mémoire numérique des décisions judiciaires... », *op. cit.*, p. 1483.

¹⁹⁰ C. Maugué et J.-H. Stahl, « Sur la sélection des arrêts du Recueil Lebon », *RFDA*, 1998 p. 768 et P. Cassia, « Une autre manière de dire le droit administratif : le "fichage" des décisions du Conseil d'État au Recueil Lebon », *RFDA*, 2011, p. 830.

¹⁹¹ J.-H. Stahl, « "Open data" et jurisprudence », *Droit Administratif*, n° 11, novembre 2016, repère 10.

¹⁹² F. Alhama, « Vers une plus grande accessibilité... », *op. cit.*, §14 et *sq.*

¹⁹³ Un géographe pourra-t-il faire la différence entre une condition de recevabilité et un argument au fond ? Entre un doute sur la légalité et une erreur manifeste d'appréciation ?

¹⁹⁴ On peut imaginer aussi, devant le juge judiciaire, la situation d'un avocat n'ayant pas accès à JuriCA alors que le juge utilise certaines de ces données pour fixer le montant d'une peine.

¹⁹⁵ Ch. Atias, *Questions et réponses en droit*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2009, 256 p.

¹⁹⁶ Si certains ne proposent que des moteurs de recherche (comme Doctrine.fr), d'autres offrent de la « justice prédictive », la rédaction d'acte, la proposition de médiation, *etc.* À titre individuel, le coût d'un abonnement mensuel à Doctrine.fr est de 144 € par mois.

¹⁹⁷ Certes, cette inégalité ne fait que refléter celle déjà existante entre « grands » et « petits » cabinets.

¹⁹⁸ S. Embry, « Is It Malpractice To Not Use Legal Analytics? », publié sur le site www.techlawcrossroads.com le 18 février 2020.

L'open data permet-elle de rapprocher les citoyens de la justice ?

« Sympathique » selon les mots du président Stahl¹⁹⁹, on peut raisonnablement douter que la réforme de 2016 permette de rapprocher les citoyens de la justice ou renforcerait la démocratie française²⁰⁰. Depuis la Révolution, on sait que la relation entre les Français et leur justice n'a jamais été bonne²⁰¹. Tant que notre discipline ne sera pas enseignée dans le secondaire (pourquoi l'économie et pas le droit ?), celle-ci ne pourra qu'être toujours aussi mauvaise. Dès lors, qui peut croire que la diffusion en accès libre de millions d'arrêts par an permettra de remédier, ne serait-ce qu'un peu, à cette situation²⁰² ? En quoi l'accès aux décisions du tribunal administratif de Mata-Utu ou du tribunal judiciaire de Guéret permettrait-il de lutter contre la crise de confiance actuelle, la montée du populisme ou de l'abstention ? D'ailleurs, a-t-on vu l'open data discutée dans les médias grands publics ou les gilets jaunes revendiquer la publication des noms des magistrats ? À l'évidence, cette loi a été faite principalement pour ses bénéfices économiques et, un peu, pour moderniser la profession d'avocat.

Il est dès lors regrettable que le discours sur l'open data soit systématiquement lié à celui sur la démocratie. Derrière l'idée de l'accès à toutes les décisions de justice, il y a le poncif que tous peuvent les comprendre, c'est-à-dire *la forte négation du caractère scientifique du droit*, qui nécessite pourtant un (long) apprentissage, la maîtrise d'un vocabulaire, d'une culture, d'une rationalité²⁰³... Au contraire, le droit serait un art bavard ou technocratique, symbolisé par l'avocat aussi éloquent que retors et procédurier. En revanche, la médecine ou l'ingénierie seraient des « vraies » sciences et personne n'a osé revendiquer l'open data des décisions médicales ou les plans des ingénieurs pour renforcer la démocratie française. Enfin, la loi n'est pas elle-même dénuée de toute ambiguïté, puisqu'elle favorise l'intervention d'acteurs privés dans le service public de la justice²⁰⁴. Si autoriser la réutilisation ne constitue pas à proprement parler une externalisation ou une privatisation, force est de constater que payer pour avoir accès aux décisions de justice constitue un paradoxe pour un mouvement qui, originellement²⁰⁵, souhaitait renforcer l'accès à la justice²⁰⁶.

L'open data permet-elle une meilleure harmonie juridictionnelle ? Un autre avantage de la réforme mis en avant en 2016 était que l'open data permettrait d'éviter les disparités de jurisprudence dues à la méconnaissance générale des décisions des 200 tribunaux judiciaires et cours d'appel entre eux ainsi qu'entre les 50 tribunaux et cours administratives

¹⁹⁹ J.-H. Stahl, « "Open data" et jurisprudence », *op. cit.*

²⁰⁰ Assez peu de commentateurs relèvent ce qui nous a semblé une évidence. V. dans notre sens F. Alhama, « Vers une plus grande accessibilité... », *op. cit.*, §9 et *sq.*

²⁰¹ L'image populaire du juge est liée, dans le pire des cas, à celle des affaires financières et politiques et, dans le meilleur, à celle américaine ou au juge Garonne de la série classique *Tribunal*.

²⁰² Ainsi que l'avait noté le sénateur Richard : « si l'objectif est d'améliorer l'information du public et de l'éclairer, la valeur ajoutée d'une telle mesure est extrêmement superficielle », *op. cit.*, p. 5918.

²⁰³ Il est vrai qu'une partie de la doctrine, en réfutant le caractère scientifique du droit par dogmatisme anti-positiviste, contribue à maintenir ces préjugés.

²⁰⁴ « L'objectif pour [ces *legaltech*] est bien entendu de disposer de "carburant" gratuit pour leurs intelligences artificielles et leurs promesses d'une justice augmentée, en employant un argumentaire d'intérêt général pour tenter de maximiser leurs intérêts privés », Y. Meneceur, « Open data des décisions de justice. Pour une distinction affirmée entre les régimes de publicité et de publication », *JCP E*, n° 37, 12 septembre 2019, p. 1415, §5.

²⁰⁵ D. Bourcier et P. de Filippi « L'Open Data : universalité du principe et diversité des expériences ? », *JCP A*, n° 38, 16 septembre 2013, p. 2260, §16.

²⁰⁶ « Le terme d'open data des décisions de justice devrait donc être strictement réservé pour qualifier précisément une nouvelle forme d'accès à titre non onéreux à une base de données consolidée d'un très grand ensemble des décisions de justice, accès concédé par une licence décrivant les conditions exactes de réutilisation des données », Y. Meneceur, « Open data des décisions de justice... », *op. cit.*, §8.

d'appels²⁰⁷. Cet argument repose sur certains présupposés qui peuvent être questionnés. Tout d'abord, les divergences de jurisprudence ne sont pas toutes liées à la méconnaissance d'une autre solution : elles sont heureusement aussi le fruit de divergences de fond. Ensuite, l'indépendance comme la culture individualiste des magistrats (surtout judiciaires)²⁰⁸ est-elle dommageable ? Sans doute pourrait-on répondre en arguant de la sécurité juridique et de la cohérence des décisions, nécessaires à une bonne administration et à une bonne qualité de la justice (et donc à sa légitimité). Mais cette réponse fait l'impasse sur le pourvoi en cassation qui, structurellement, est là pour donner cette cohérence et cette sécurité. Cette garantie du droit continental – certes imparfaite, mais qui a fait ses preuves – n'est pas altérée par l'open data des décisions de justice.

La loi Lemaire va indéniablement renforcer le rôle des deux cours suprêmes en tant qu'interprètes authentiques du droit et de canalisateurs de la jurisprudence. L'analyse du big data permettra, en produisant des moyennes, d'identifier aisément les décisions qui s'en écartent²⁰⁹. En effet, les juges ne suivront peut-être pas toujours l'influence d'une jurisprudence constante et générale²¹⁰. S'ils n'ont pas « l'esprit de clocher », on sait toutefois qu'ils sont souvent plus attentifs à la cohérence de leur juridiction qu'à celle générale²¹¹. Dès lors, l'open data pourrait être utilisé comme un moyen de surveillance des magistrats, sorte de « panoptique numérique » où chacun pourrait voir l'autre et, surtout, avoir l'impression d'être surveillé par l'autre²¹². Ce risque n'est pas exagéré puisque voici comment fut présentée la réforme de 2016 par un responsable de la direction des services judiciaires du ministère de la Justice : lorsqu'un juge « choisira de s'écarter de la pratique de ses pairs, ce sera nécessairement sur le fondement d'une motivation plus étayée²¹³ ». On peut y voir la volonté d'éviter les décisions divergentes ou « atypiques²¹⁴ », ce qui soulève plusieurs interrogations. Une interprétation partagée par le plus grand nombre en fait-elle la plus juste ? Jusqu'à quel point faudra-t-il un surplus de motivation pour une solution discordante²¹⁵ ? Verra-t-on les recours contre ce type de décisions facilités au seul motif qu'elles s'écartent d'une moyenne algorithmique vendue par des entreprises privées ? Si la convergence des jurisprudences sera sûrement positive, notamment pour les contentieux dits « de masse²¹⁶ », une standardisation

²⁰⁷ L'open data « tendra à limer les disparités, souvent liées à l'ignorance du travail d'autrui. Elle permettra l'essor d'une large collégialité et d'une indépendance davantage partagée, pour les substituer à l'isolement et à la culture individualiste qui souvent l'accompagnent », B. Louvel, « Ouverture », *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁸ Ce qui ne veut pas dire que le juge administratif ne peut, lui aussi, faire preuve d'audace, cf. Ch. Otero, *Les rébellions du juge administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Fondation Varennes », 2014, 460 p. L'ouvrage explore surtout les rébellions du Conseil d'État face au Gouvernement.

²⁰⁹ P. Deumier, « Une autre jurisprudence ? », *op. cit.*, §5.

²¹⁰ *Ibid.*, §8.

²¹¹ Admettons que c'est peut-être parce qu'ils n'ont pas connaissance de celle des autres juridictions qu'ils sont actuellement réticents à l'appliquer.

²¹² Le panoptique, concept très en vogue ces dernières années, est un type d'architecture pénitentiaire idéal développé par Bentham dans son ouvrage éponyme de 1880 et popularisé par Michel Foucault dans *Surveiller et punir* (1975) dans lequel le sentiment de surveillance par les prisonniers est maximal, alors qu'il n'existe qu'un surveillant au centre de la prison qui n'est jamais visible, de sorte que son absence est sans effet sur l'efficacité du système.

²¹³ T. Lesueur, « Informatique judiciaire et perspectives de l'open data pour les juridictions », *op. cit.*, p. 23. Il est remarquable que ces développements aient été écrits dans un paragraphe intitulé « Vers de nouvelles méthodes de travail et un contrôle démocratique régénéré ? » comme si l'existence de divergences de jurisprudences était une atteinte à la démocratie ou un manque de contrôle démocratique.

²¹⁴ M. Hecquard-Théron (dir.), *Les décisions juridictionnelles atypiques*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole et LGDJ-Lextenso, 2006, 124 p.

²¹⁵ Une interprétation divergente ne nécessite pas *ipso facto* plus d'arguments qu'une convergente.

²¹⁶ P. Deumier, « Une autre jurisprudence ? », *op. cit.*, §4.

devrait être évitée²¹⁷. Pour certains, cette standardisation renforcerait *l'égalité* des justiciables²¹⁸. Si cela signifie que le juge doit rendre sa décision en ne s'écartant pas des moyennes nationales, il s'agit plutôt d'une *uniformité*. Or, cette dernière est en contradiction avec le principe d'individualisation de la justice, et on doute que cette perspective recueille l'assentiment des citoyens.

Les promoteurs de l'open data estiment enfin qu'elle va permettre le développement des MARC, et donc conduire à désengorger la justice. Cela pourrait sans doute être le cas pour des contentieux financiers, techniques, entre des parties qui voient le procès comme *un moyen de résoudre un conflit*... mais qui déjà ont recours prioritairement aux MARC. Le justiciable voit, quant à lui, le procès comme *un moyen d'obtenir justice*. Il y a une dimension symbolique, psychologique et sociale au procès que les médiateurs ne pourront jamais remplacer²¹⁹. En outre, la connaissance par les avocats d'une tendance jurisprudentielle, même forte, ne va pas forcément les conduire à conseiller à leur client ne pas entamer une procédure²²⁰. D'abord parce qu'il est toujours possible que cette tendance soit mal fondée (ou le soit devenue), ensuite parce que – malgré des obligations déontologiques claires²²¹ – certains avocats favorisent toujours l'action²²². Enfin, l'essence même du travail de l'avocat doit être de questionner le juge.

B) UNE CONCILIATION FRAGILE AVEC LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE : ENTRE ANONYMISATION ET PSEUDONYMISATION

« Le Conseil d'État, la Cour de cassation, dans une note qu'elle a publiée en 2013, ou la CNIL, dans un avis qui concernait spécifiquement la publication de la jurisprudence, s'accordent pour considérer qu'il n'y a pas de risque d'atteinte à la vie privée !²²³ ». Il n'est pas certain qu'Axelle Lemaire, en défendant les articles 20 et 21 de la loi qu'elle soutenait, ait pris toute la mesure des enjeux de l'open data des décisions de justice. Au contraire les risques sont bien présents et ont même donné lieu à plusieurs condamnations par les cours européennes²²⁴. En conséquence, l'anonymisation des décisions constitue une problématique qui s'inscrit dans une nouvelle période de protection des données personnelles, symbolisée par le règlement général de protection des données (RGPD)²²⁵(1). Suite à la loi Lemaire, le rapport Cadet avait

²¹⁷ Les pressions, en termes de délais de traitement des dossiers notamment, ne permettront sans doute pas d'éviter cette standardisation.

²¹⁸ « Le principe d'égalité devant la loi serait enfin respecté puisque les justiciables pourraient espérer, à situation identique, obtenir la même indemnisation à Lille et à Marseille, à Brest et à Strasbourg », G. Hannotin, « Profilage des magistrats... », *op. cit.* V. eg. E. Geffray, « Anonymisation et pseudonymisation, quelle exigence pour quelle protection ? », *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence... op. cit.*, p. 41.

²¹⁹ En d'autres termes, si les chambres commerciales constateront peut-être une diminution de leurs affaires, gageons que le juge administratif ou civil ne la verra pas.

²²⁰ F. Alhama, « Vers une plus grande accessibilité... », *op. cit.*, §11.

²²¹ Article 3 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 *relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat*.

²²² Il sera difficile de leur reprocher de concevoir l'action en justice de façon purement managériale, comme un risque coût/avantage

²²³ Cf. compte-rendu intégral du débat du 27 avril 2016, *JORF* du 28 avril 2016, p. 5917.

²²⁴ Cela ressort clairement de la jurisprudence constante de la CEDH, arrêt du 25 février 1997, *Z c/ Finlande*, req. n° 22009/93, et de la CJUE : arrêt du 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González* et CJUE, 8 avril 2014, aff. C-293/12 et aff. C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c/ Irlande et autres*.

²²⁵ Règlement (UE) 2016/679 *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*, JOUE n° L 119 du 4 mai 2016.

effectué plusieurs recommandations permettant d'empêcher que l'open data ne viole la vie privée²²⁶. Elles ne seront que partiellement reprises par la loi de programmation de la justice 2018-2022 (LPJ)²²⁷ et le décret du 29 juin 2020²²⁸, qui vont clore, de façon ambivalente, une première étape du régime de l'open data des décisions de justice (2).

1) L'enjeu de l'anonymisation des décisions

Une anonymisation nécessaire, mais difficilement praticable. La rencontre d'un individu avec la justice, qu'il soit à l'origine de la procédure ou qu'elle vise l'établissement de sa responsabilité, ne doit pas lui être préjudiciable pour sa vie personnelle, comme pour sa vie professionnelle. Malheureusement, la seule connaissance de cette rencontre produit généralement un effet très négatif – voire discriminatoire – sur autrui. Dès lors, pour éviter une « double peine » (voire une injustice, s'il n'a pas été déclaré responsable), il est de la responsabilité du service public d'*empêcher que les identités citées dans une décision soient accessibles*. Le droit doit ainsi aller à l'encontre de ce mouvement général de la société qui semble se diriger vers la disparition de toute intimité²²⁹, et qui n'a rien à voir avec la nécessaire transparence de la vie publique. Certes, cette « dissimulation » est en direct opposition avec la tradition juridique et le principe de publicité des décisions. Elle est d'abord justifiée par la nature fondamentale du droit à la vie privée, garanti constitutionnellement et conventionnellement. Ensuite, les moyens technologiques de la société de l'information permettent à ces identités – et les données intimes qui y sont rattachées – d'être utilisées à des fins de contrôle et d'évaluation par le secteur privé²³⁰. Dans ce contexte, l'accès libre au passé judiciaire des individus soulève de graves questions²³¹. Auparavant, seule une minorité de spécialistes avait connaissance de l'identité des protagonistes d'un procès²³². Désormais, aux États-Unis, le site *checkr.com* (parmi d'autres) offre un service gratuit de recherche d'antécédent judiciaire d'un salarié. Son algorithme consulte « des registres de sécurité sociale, des fichiers des agresseurs sexuels, et des décisions de justice pénales et civiles disponibles²³³ ».

L'anonymisation des décisions a été prônée, on l'a rappelé, dès le début des années 2000. Sur Legifrance, elle a seulement pris la forme de l'occultation des prénoms, noms et adresses du requérant²³⁴. Celle-ci a été jugée insuffisante, d'abord parce qu'elle a donné lieu à plusieurs ratés remarquables²³⁵. Il a ensuite été reconnu qu'elle était lacunaire, et des données

²²⁶ Rapport précité, p. 65 et *sq.*

²²⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 *de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, JORF du 24 mars 2019.

²²⁸ Décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 *relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives* (NOR: JUST1933453D), JORF du 30 juin 2020.

²²⁹ Disparition qui n'est que le reflet de la mise en scène sur les réseaux sociaux des événements du quotidien. La recherche d'information en ligne sur autrui, qui va de la « googlisation » au piratage des comptes, est devenue un pilier – on n'espère pas fondamental – des relations sociales de ce début de siècle.

²³⁰ Rechercher les publications sur les réseaux sociaux est, par exemple, le premier réflexe des ressources humaines pour juger de la « moralité » d'un candidat à un poste.

²³¹ « Est-il acceptable qu'un employeur puisse vérifier si un candidat à l'embauche a connu des litiges civils ou des condamnations pénales, avec en outre tous les détails : a-t-il été condamné pour conduite en état alcoolique ? A-t-il déjà attiré un employeur devant le conseil des prud'hommes ? Est-il mauvais payeur ? Connaît-il des difficultés familiales susceptibles d'affecter son engagement professionnel ? » J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12.

²³² Qu'il s'agisse des époux Bertin ou, plus proche de nous, de M. Tête, seuls les professionnels du droit et la doctrine auraient pu connaître leur passé juridictionnel.

²³³ J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12.

²³⁴ N. Mallet-Poujol, « La protection des données personnelles... », *op. cit.*, §14 à 16.

²³⁵ Les exemples d'identifications donnés par le rapport Cadet sont ainsi très convaincants, *op. cit.*, p. 200.

comme le numéro de greffe dans la décision ou les noms des personnes morales ont rendu très facile d'identifier les protagonistes²³⁶. Elle s'est enfin rapidement trouvée dépassée par les évolutions techniques les plus récentes (« *data-mining* », utilisation des réseaux sociaux associée aux algorithmes...) ²³⁷. Mais surtout, à l'inverse de la diffusion de documents administratifs²³⁸, il est impossible d'anonymiser totalement les décisions de justice. Il est difficile de poser des critères juridiques précis, *a priori*²³⁹ : le plus souvent, ce sont les faits qui peuvent être révélateurs des identités (géographiques, économiques sociaux, *etc.*)²⁴⁰.

Ce constat conduirait donc à supprimer les mentions de profession, presque tous les noms de lieux et tous les éléments spécifiques à l'affaire²⁴¹. Or, « retirer de la décision l'essentiel de son contenu pourrait porter atteinte à son intelligibilité et à sa motivation²⁴² ». En outre, l'objectif de l'open data est d'aboutir à des algorithmes d'aide à la prise de décision soit avant de saisir la justice, soit pour le juge. Comment créer ces recoupements sans les données précises ? Comment la doctrine pourrait-elle commenter ces décisions sans avoir l'intégralité des faits ? Il semble tout autant peu possible que souhaitable d'aboutir à une open data qui garantirait cette anonymisation « totale ». Il serait plus réaliste, comme l'a proposé Jean-Paul Jean par exemple²⁴³, de mettre en œuvre un dispositif souple, avec un calcul des risques. Également, le risque d'identification dépend du contentieux : une décision du juge aux affaires familiales n'a pas la même portée personnelle qu'une décision du juge de l'excès de pouvoir²⁴⁴. L'inconvénient serait alors d'instaurer des différences de traitement discutables entre les justiciables. Enfin, c'est l'évidence, il faut que pour les affaires comportant un intérêt public particulier, il n'existe pas d'anonymisation (corruption, fraude électorale, *etc.*)²⁴⁵.

²³⁶ J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12

²³⁷ « Les capacités de stockage et la puissance de calcul des ordinateurs ont en effet fait voler en éclat la notion d'anonymat. Trois données diffuses suffisent désormais à réidentifier une personne ! », P. Desmarais, « La réforme de l'open data suppose une approche globale ! », *op. cit.*, p. 528.

²³⁸ Prévue par l'article L. 312-1-2 du CRPA. Toutefois, un rapport de 2013 pour le ministère de la Santé a montré qu'il était très facile d'identifier des données bancaires ou hospitalières à partir de documents anonymisés, cf. P.-L. Bras et A. Loth, *Rapport sur la gouvernance et l'utilisation des données de santé*, 2013, p. 27, disponible sur le site drees.solidarites-sante.gouv.fr/.

²³⁹ « Toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne », article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978.

²⁴⁰ N. Metallinos, « Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence ? » *JCP G*, supplément au n° 9, 27 février 2017, *La jurisprudence...*, p. 45 ; N. Mallet-Poujol, « La protection des données personnelles... », *op. cit.*, §18 à 21.

²⁴¹ « Comment empêcher, par exemple, la "réidentification" du maire de Ploërmel dans le contentieux de la statue du Pape Jean-Paul II installée au milieu de sa ville ? Il faudrait occulter le nom de l'élu, mais aussi celui la ville, celui de l'artiste qui a créé l'œuvre, et enfin... le nom du pape. », R. Letteron, « Veut-on fermer l'Open Data ? », *op. cit.*

²⁴² N. Fricero, « Collecte, diffusion et exploitation des décisions de justice : quelles limites, quels contrôles ? À propos du rapport sur l'open data des décisions de justice », *JCP G*, n° 7, 12 février 2018, p.168. Cf. eg. Rapport Cadet, *op. cit.*, p. 35 : « Toutefois, l'analyse des dispositions de droit applicables et l'état actuel des techniques rendent cet objectif complexe, voire impossible à atteindre »

²⁴³ « L'enjeu ne saurait donc être d'empêcher toute réidentification, ce qui est impossible (à moins de rendre les décisions illisibles et inexploitable), mais d'évaluer ce risque, de le limiter, donc de définir un niveau de risque acceptable, doublé d'un mécanisme de correction, au regard des bénéfices attendus par l'open data. », J.-P. Jean, « Propos introductifs », *op. cit.*, p. 12.

²⁴⁴ Les décisions du juge aux affaires familiales seront, selon toute vraisemblance, difficilement publiables (cf. E. Buat-Ménard, « Open data des décisions de justice rendues en matière familiale », *AJ Famille*, 2019, p. 330.

²⁴⁵ CEDH, arrêt du 12 novembre 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. n° 1914/02. Il s'agit d'une garantie *a posteriori* puisque, pour ce genre d'affaires, le principe de publicité autorise les médias à assister – et donc à rendre compte – des procès impliquant cet intérêt public.

L'alternative de la pseudonymisation. Face à l'impossibilité de garantir une réelle anonymisation, on sait que le RGPD a développé un nouveau concept, la « pseudonymisation²⁴⁶ ». Le droit européen part du principe que tout document occulté qui peut être réidentifié – comme par la simple occultation des noms par des lettres ou des chiffres – n'est pas anonyme et est donc soumis au régime de protection des données²⁴⁷, c'est-à-dire à l'article 6 du RGPD²⁴⁸. Or, ce dernier serait, à l'évidence, inconciliable avec les finalités de l'open data des décisions de justice²⁴⁹, et notamment la réutilisation des données par les *legaltech*. Mais il serait sans doute également incompatible avec la jurisprudence de la CEDH, qui a consacré une obligation positive pour les États de ne pas retranscrire, lors de la publication d'une décision, l'intégralité des faits qui permettraient l'identification d'une des parties (sauf existence d'un intérêt public)²⁵⁰.

C'est pourquoi, « l'open data des décisions de justice devra donc être réalisé dans une perspective d'anonymisation²⁵¹ », et non de pseudonymisation. La loi Lemaire avait formellement suivi cette analyse, puisqu'elle avait prévu que la « mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de réidentification des personnes²⁵² ». Un nouveau contentieux de masse risque de se développer : l'engagement de la responsabilité de l'administration pour chaque décision de justice mal anonymisée²⁵³. Outre ces questions de fond, qui ne sont toujours pas résolues, l'ordre judiciaire a fait face à des difficultés techniques spécifiques : il n'existait pas, en 2016, de système d'information homogène permettant une anonymisation automatique des 3,5 millions de décisions rendues par an²⁵⁴. Ont depuis été développés les systèmes « Portalis » pour la dématérialisation de la procédure civile et « procédure pénale numérique » pour celle pénale, qui devraient permettre une anonymisation automatique. Près de quatre ans plus tard, ces logiciels ne sont toujours pas entrés en service. À l'inverse, les juridictions administratives possèdent, depuis 2013, un traitement automatique lors de la rédaction des décisions qui permet cette anonymisation²⁵⁵.

2) Un régime déjà révisé et déjà controversé

La lente finalisation du régime d'anonymisation des décisions de justice. La proclamation de l'open data des décisions de justice en 2016 soulevant plus de critiques que d'enthousiasme, notamment chez les magistrats, le ministre de la Justice – qui n'avait pas porté cette réforme conduite par la secrétaire d'État chargée du numérique – a missionné le 9 mai 2017 le professeur Loïc Cadet pour rédiger un rapport permettant d'éclairer l'écriture du décret d'application de la loi²⁵⁶. Suite à un travail aussi précis que complet, la mission Cadet a

²⁴⁶ Article 4, 5° du RGPD ; E. Geffray, « Anonymisation et pseudonymisation... », *op. cit.*, p. 42

²⁴⁷ C'est ce qui ressort du considérant 26 du RGPD.

²⁴⁸ L'article 6 autorise à télécharger et/ou stocker des données seulement pseudonymisées que dans six situations, par exemple « obtenir le consentement de la personne concernée » ou « la poursuite d'un intérêt légitime ».

²⁴⁹ E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, « La mémoire numérique des décisions judiciaires... », *op. cit.*

²⁵⁰ CEDH, décision précitée *Z c. Finlande*, §113.

²⁵¹ E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, « La mémoire numérique des décisions judiciaires... », *op. cit.*, p. 1483

²⁵² Ancien alinéa 3 des articles L. 10 du CJA et L. 111-13 du COJ, désormais abrogés (cf. *infra*).

²⁵³ Il existe déjà quelques condamnations de l'État pour mauvaise (ou défaut) d'anonymisation : CAA Paris, arrêt du 4 mai 2018 (n° 17PA01825) ; CE, arrêt du 6 août 2008 (n° 289735).

²⁵⁴ Y. Meneceur, « Le numérique, levier essentiel d'une meilleure efficacité et qualité de la justice en Europe », *Les annales des mines*, coll. « Enjeux numériques », n° 3, septembre 2018, p. 14.

²⁵⁵ L. Dutheil de Lamothe et P.-Y. Martinie, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 66. Les noms des parties sont balisés (tagués) dans le XML des décisions.

²⁵⁶ À l'origine, le décret était prévu pour mars 2017.

rendu son rapport de 206 pages au nouveau garde des Sceaux le 9 janvier 2018. Malgré la qualité remarquable du travail, il a été regretté une certaine frilosité des recommandations du rapport, singulièrement quant aux conditions opérationnelles de mise en œuvre des articles 20 et 21²⁵⁷. Ainsi, après avoir présenté de façon objective et détaillée les avantages et inconvénients de l'anonymisation des noms des magistrats²⁵⁸, le rapport décide prudemment de laisser le Gouvernement trancher²⁵⁹. Tirillée entre des arguments contraires (*legaltech* contre magistrats)²⁶⁰, la majorité a finalement voté²⁶¹, à l'article 33 de la LPJ 2018-2022, une modification du régime d'anonymisation des décisions de justice²⁶². Après s'être fait longtemps attendre, le décret d'application des articles 20 et 21 a été adopté par le Premier ministre le 29 juin 2020, un peu moins de quatre ans après la loi Lemaire. Il faudra encore patienter pour qu'un arrêté du garde des Sceaux détermine la date à laquelle les décisions seront enfin mises à disposition du public (2025 serait une date optimiste).

Le décret confirme la fin d'une partie des attributions de Legifrance, puisque ce sont désormais les deux cours suprêmes qui seront chargées de la diffusion des décisions de leur ordre juridictionnel respectif via leur site Internet²⁶³. Deux régimes d'occultation des noms sont désormais en vigueur : celui de l'open data (diffusion) et celui de la demande par un tiers (publicité). Concernant le premier, la LPJ est venue supprimer toute référence au risque de réidentification²⁶⁴, tout en venant préciser un régime d'anonymisation : tous les noms et prénoms des personnes physiques sont par principe retirés. Seule une atteinte à « la sécurité ou au respect de la vie privée » pourrait conduire à l'occultation supplémentaire de tout élément concernant les personnes physiques *et les professionnels de justice, magistrats et greffiers*. Concernant le second, les demandes par les tiers, l'occultation des données d'identification n'est effectuée que si cette dernière condition est présente. Le décret prévoit enfin la possibilité de se signaler sur le site de la juridiction suprême publiant la décision le concernant, ou d'effectuer un recours devant un conseiller d'État ou à la Cour de cassation²⁶⁵, avec la liberté de contester la décision de refus ou de levée de l'occultation²⁶⁶. Le contrôle de l'anonymisation des décisions de justice passe ainsi par une phase *a priori*, la certification de la CNIL prévue par l'article 60

²⁵⁷ B. Mathis, « Rapport Cadet : une vision frileuse de l'open data des décisions de justice », *JCP entreprise et affaires*, n° 7, 15 février 2018, p. 1086.

²⁵⁸ Rapport Cadet, *op. cit.*, p. 44 à 50.

²⁵⁹ Recommandation n° 5 : « Prévoir dans le décret en Conseil d'État la mise en œuvre de la pseudonymisation à l'égard de l'ensemble des personnes physiques mentionnées dans les décisions de justice, sans la limiter aux parties et témoins, sous réserve de ce qui sera décidé pour la mention du nom des professionnels de justice », nous soulignons.

²⁶⁰ P. Deumieur, « L'open data des magistrats : une petite histoire législative », *RTD Civ*, 2019, p. 72.

²⁶¹ L'anonymisation des noms des magistrats a d'abord été proposée en 2017 dans le cadre de la *Proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice* déposée par le sénateur Philippe Bas et qui sera abandonnée suite au dépôt de la LPJ. En réaction à une proposition du député Yves Détraigne, la ministre de la Justice a déclaré en séance être défavorable à cette anonymisation, cf. compte-rendu intégral des débats du 24 octobre 2017, *JORF* du 25 octobre 2017, p. 4023.

²⁶² L'article 33 de la LPJ a modifié l'article L. 111-13 et créé l'article L. 111-14 du COJ, et modifié l'article L. 10 et créé l'article L. 10-1 du CJA.

²⁶³ Article R. 741-13 du CJA et R. 111-10 du COJ.

²⁶⁴ Nous n'avons pas trouvé dans les débats d'explication du Gouvernement sur cette suppression, sachant que la réidentification est bien présente dans l'annexe à l'exposé des motifs. On serait tenté d'y voir la volonté de ne pas trop se lier au RGPD, tout en laissant clairement la responsabilité de l'anonymisation aux magistrats.

²⁶⁵ Article R. 741-15 du CJA et R. 111-13 du COJ. Les deux articles prévoyant l'interdiction des demandes abusives, en cohérence avec la LPJ et la note du 19 décembre 2019.

²⁶⁶ Article R. 311-1 8°) du CJA et R. 111-13 alinéa 3 du COJ.

de la loi Lemaire²⁶⁷, mais aussi par un contrôle *a posteriori* qui permettra de veiller à l'effectivité du processus.

Un renforcement de l'anonymisation en demi-teinte. L'article 33 de la LPJ marque une quasi-victoire des magistrats contre la publication de leurs noms. Elle n'est pas complète, car l'anonymisation n'est pas automatique, mais surtout parce que le décret prévoit qu'elle est de la responsabilité du président de juridiction. Cette disposition est de nature à renforcer le lien hiérarchique, alors que les associations de présidents de juridiction de l'ordre judiciaire avaient toutes déclaré à la mission Cadet être défavorables à l'occultation des noms des magistrats. La possibilité pour un juge qui le souhaite de saisir le Conseil d'État ou la Cour de cassation en cas de conflit avec son président n'aurait sans doute pas été superflue. En revanche, les magistrats sont désormais responsables de l'évaluation du risque qui peut conduire à l'occultation des éléments autres que les noms et prénoms des parties et des tiers²⁶⁸... dans un délai assez court de deux mois pour les juridictions administratives et de six mois pour celles judiciaires. Nul doute que le décret sera contesté par les syndicats de magistrats sur ces deux points²⁶⁹, sachant en outre qu'il n'est prévu aucune compensation de moyens à cette nouvelle charge qui est attribuée *ex nihilo* aux magistrats²⁷⁰.

Le législateur a donc clairement fait le choix de l'anonymisation au cas par cas pour les magistrats, mais aussi pour les personnes physiques nommées dans les décisions. Il a pris le risque d'une anonymisation à géométrie variable, sans prévoir celle des personnes morales. Si, à première vue, ce choix de la souplesse paraît bienvenu, il soulève de nombreuses questions, dont la principale est *quid* de l'harmonisation des décisions d'anonymisation ? Le régime français rentre-t-il toujours dans le cadre du RGPD après la LPJ ? N'aurait-on pu envisager une anonymisation automatique pour certains contentieux, *a minima* devant les prud'hommes où les magistrats ne sont pas professionnels ? Et l'interdiction d'anonymisation pour les contentieux recelant un intérêt public (abus de biens sociaux, corruption...) ? Ce régime en demi-teinte s'explique peut-être par le fait qu'aucun algorithme efficace d'anonymisation n'ayant pu être mis au point depuis 2016²⁷¹, l'occultation repose, *in fine*, sur l'homme. On notera enfin, sans surprise, que le décret ne suit pas les recommandations du rapport Cadet sur l'association entre la CNIL et les juridictions pour la définition d'un « socle des règles essentielles de pseudonymisation, notamment la nature des données concernées²⁷² ».

La pénalisation du profilage. En prévoyant une anonymisation au cas par cas, la LPJ a déjà permis de brouiller les pistes pour les tentatives de profilage des magistrats, dont le nom sera parfois présent, et parfois caviardé des décisions. De toute façon, la réutilisation des données nominatives pour les magistrats et les greffiers à des fins de profilage ou de prédiction est désormais constitutive d'un délit²⁷³. Sur ce point, la victoire semble acquise aux magistrats. Bien que l'activité de certaines *legaltech* n'ait pas été publiquement condamnée par le

²⁶⁷ La CNIL adoptera une « nouvelle démarche de certification, l'homologation de méthodologies d'anonymisation ainsi que la publication de référentiels ou de méthodologies générales », N. Metallinos, « Faut-il sacrifier la protection de l'intimité de la vie privée sur l'autel de la transparence ? », *op. cit.*, p. 48.

²⁶⁸ Article R. 741-14 du CJA et R. 111-12 du COJ qui visent tous deux le président de la formation ou le magistrat ayant rendu la décision.

²⁶⁹ La première version du décret, présentée le 29 novembre 2019, s'était déjà attiré les foudres des syndicats de magistrats (USM, communiqué du 7 février 2020, CSTACAA, communiqué du 19 février 2020).

²⁷⁰ Imaginons le scandale si une obligation de ce type pesait aussi brutalement sur les praticiens hospitaliers !

²⁷¹ « La Cour de cassation n'a jamais réussi, malgré des dépenses importantes, à disposer d'un algorithme fiable pour procéder à l'occultation des éléments de réidentification », CSTACAA communiqué du 19 février 2020.

²⁷² Recommandation n° 2. Le rapport précise bien que « Ces données ne sauraient se limiter aux noms et adresses des personnes physiques concernées », p. 66.

²⁷³ Cinq d'emprisonnement et 300 000 € d'amendes. Cette réutilisation doit avoir « pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées ».

Gouvernement, la loi a également permis de donner un fondement légal à l'interdiction des demandes massives – considérées comme abusives – de communication de décisions à un greffe de tribunal (note du 19 décembre 2019)²⁷⁴.

Malgré un avis favorable du Conseil d'État concernant l'article 33²⁷⁵, la pénalisation a été très critiquée, dès le dépôt du projet de loi. La saisine du Conseil constitutionnel était donc bienvenue, sachant que la loi Lemaire y avait échappé. La décision équilibrée du juge va valider, pour l'essentiel, le nouveau régime de l'open data des décisions de justice²⁷⁶. Suite à la saisine, un collectif de chercheurs de l'Association française de sociologie (AFS) avait fustigé, au moyen d'une porte étroite rédigée par le professeur Thomas Perroud, une réforme qui allait « entraver les recherches sur le fonctionnement, les activités et les décisions des juridictions administrative et judiciaire²⁷⁷ ». Sans lui donner raison, le juge de la rue de Montpensier a interprété constructivement les nouvelles dispositions, dont la rédaction semblait très restrictive²⁷⁸ : l'objectif du législateur ne peut être que d'interdire de « réaliser un profilage des professionnels de justice à partir des décisions rendues, *pouvant conduire à des pressions ou des stratégies de choix de juridiction* de nature à altérer le fonctionnement de la justice²⁷⁹ ». Concernant les demandes massives de décisions auprès des greffes qui avaient abouti à la note du 19 décembre 2019, le Conseil valide le nouveau dispositif²⁸⁰, en reprenant l'argumentation du ministère de la Justice²⁸¹.

La réserve d'interprétation montre bien la volonté du Conseil constitutionnel d'encadrer la pénalisation du profilage envers un seul et unique acteur : les *legaltech*. Il était difficile de ne pas rester insensible à l'argument du « dommage collatéral » : en voulant contrôler un secteur dont certains acteurs utilisent « la stratégie du pirate²⁸² », la LPJ condamnait par ricochet la recherche scientifique, sérieuse et d'intérêt général²⁸³. En effet, que font les universitaires sinon tenter « d'analyser, de comparer ou de prédire » les décisions de justice ? Il était absolument indispensable de préciser que l'interdiction de cette activité ne pouvait viser *in fine* que les *legaltech*. Certes, il aurait été préférable que la loi prévoit une dérogation générale à des fins de recherches²⁸⁴. En revanche, les arguments avancés par le collectif de l'AFS reposaient sur une confusion : il n'a jamais été question de rendre anonyme

²⁷⁴ Cette interdiction est reprise dans le décret : article R. 741-15 alinéa 3 du CJA et R. 111-13 du COJ, alinéa 2.

²⁷⁵ « Compte tenu notamment des possibilités d'exploitation et de croisement des données numériques, il convient de prévoir la possibilité d'occulter non seulement les noms des parties et des tiers, mais aussi ceux des magistrats et des personnels de justice mentionnés au jugement, tant en ce qui concerne la diffusion numérique que la délivrance aux tiers de copies sur un support en papier », CE, avis n° 394535 du 12 avril 2018, §36.

²⁷⁶ C.C., décision n° 2019-778-DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*. On notera qu'il s'agit de la plus longue décision jamais publiée jusqu'à présent (93 pages, 395 considérants). Seule la LPJ était déferée au Conseil, ce qui signifie que certains aspects de la loi Lemaire pourront toujours faire l'objet d'une QPC.

²⁷⁷ « Des risques de la Loi de programmation 2018-2022 : lettre au Conseil constitutionnel », publié sur [afs-socio.fr](https://www.afs-socio.fr) le 21 mars 2019.

²⁷⁸ Les articles L. 111-13 du COJ et L. 10 du CJA interdisent toute réutilisation « ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées ».

²⁷⁹ Cons. 93, nous soulignons.

²⁸⁰ Articles L. 111-14 du COJ et L. 10-1 du CJA.

²⁸¹ Cons. 96.

²⁸² La « stratégie du pirate [...] consiste à s'établir puis à miser sur le lobbying pour ajuster la réglementation » D. Iweins et D. Loye, « La guerre s'intensifie entre Doctrine et les avocats », *op. cit.*

²⁸³ F. Alhama, « Vers une plus grande accessibilité... », *op. cit.*, §24.

²⁸⁴ On ne doute pas que, dans la pratique, de telles dérogations existeront, d'autant plus qu'il existe la possibilité technique de faire des pseudonymisations « constantes », c'est-à-dire mettre en place une seule pseudonymisation sur un jeu de données (on imagine la jurisprudence dans un domaine précis d'une chambre spécifique d'une juridiction), cf. « B. Deffains, Y. Meneceur et R. Ramondou, « Open data des décisions de justice : mythes et malentendus », *Les Échos*, 22 février 2019.

la justice française²⁸⁵. D'autres y ont même vu « une déshumanisation de la justice²⁸⁶ ». La publicité des audiences, principe nouvellement constitutionnalisé par la décision²⁸⁷, reste la règle et tant les journalistes que les simples citoyens pourront toujours assister aux audiences d'intérêt public ou non. L'anonymisation automatique des noms des parties dans les affaires ayant un intérêt politique (corruption, fraude électorale...), si elle est regrettable, n'aura donc aucun impact dans la pratique. Une partie de la doctrine a également regretté la disparition des noms des futurs « grands arrêts²⁸⁸ ». Ce mouvement d'humeur généralisé dans les couloirs d'amphithéâtres n'est-il pas un peu puéril ? Il n'existe aucun intérêt scientifique à connaître le nom d'une partie. Et si l'on salue cette soudaine inquiétude pédagogique pour les étudiants forcés d'apprendre les nouveaux arrêts par leur date et non leur nom, elle semble assez artificielle.

En revanche, la LPJ a été incomprise à l'étranger²⁸⁹, où elle a été interprétée comme une interdiction d'évaluer le travail de la justice²⁹⁰, ce qu'elle n'est pas. Deux professeurs de droit public des universités d'Oslo et de Copenhague ont notamment publié un article très critique sur le site de référence *Vefassungblog*²⁹¹. Ils s'y inquiétaient surtout que la France devenait le premier pays à limiter l'open data alors que, selon une information de Jean-Paul Jean reprise régulièrement, la Roumanie et la Russie pratiquent, au moins en théorie, cette anonymisation. Mais ce qui a le plus choqué est la criminalisation du profilage : ces peines sont jugées comme une ingérence disproportionnée par rapport à la liberté d'expression garantie par la Cour de Strasbourg²⁹². Outre que des poursuites ne devraient pas être engagées vis-à-vis d'auteurs d'études scientifiques, ces peines sont identiques à celles prévues par le Code pénal pour les cas de collecte des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite²⁹³. Leur conventionnalité nous paraît donc plutôt solide²⁹⁴. Mais il est certain que le feuilleton de l'open data des décisions de justice n'est pas encore terminé.

²⁸⁵ Pour le professeur Perroud, la LPJ marquerait « une tendance de fond d'opacification de nos démocraties, par la consécration, du secret dans la justice », billet publié sur blog.juspoliticum.com le 11 mars 2019. Écrire « Imaginez-vous que l'on occulte le nom des juges des procès Papon, Barbie, etc. » semble un peu excessif.

²⁸⁶ N. Blanc et P.-Y. Gautier, « Contre "l'anonymisation" des arrêts publiés : décadence des références de jurisprudence », *Dalloz actualité*, 26 juin 2012. Cet argument n'est guère convaincant, ne serait-ce que parce que les auteurs justifient leur opposition au motif que la protection de la vie privée sur Internet est une « chimère » !

²⁸⁷ Cons. 102. Ce principe est déduit des articles 6 et 16 de la DDHC.

²⁸⁸ V. Ph. Yolka, « Le nom en matière administrative », *AJDA*, 2015, p. 305 et O. Cachard, « Aux grands arrêts, les juristes reconnaissants... Brefs propos sur l'"anonymisation" des décisions de justice », *Dalloz*, 2004, p. 429 ; N. Blanc et P.-Y. Gautier, « Contre "l'anonymisation" des arrêts publiés : décadence des références de jurisprudence », *op. cit.*

²⁸⁹ Lire l'impressionnante liste de commentaires négatifs relevés par le professeur Perroud dans son billet publié sur le blog *juspoliticum*, note 1.

²⁹⁰ « A government and its justice system have decided to make it a crime for information about how its judges think about certain legal issues to be revealed in terms of statistical and comparative analysis », R. Tromans, « France Bans Judge Analytics, 5 Years In Prison For Rule Breakers », publié sur le site www.artificiallawyer.com, le 4 juin 2019. L'auteur ne sait visiblement pas que la justice est collégiale en France.

²⁹¹ M. Langford et M. Rask Madsen, « France criminalises Research on Judges », publié le 22 juin 2019. Sans que cela ne remette en cause le fond des arguments de ces auteurs, on peut être surpris qu'ils citent l'étude *Supralegem* en référence.

²⁹² En soit, la limitation de l'open data par l'anonymisation des décisions de justice ne pourra pas être déclarée contraire à l'article 6§1 : l'inscription du jugement au greffe du tribunal et sa publication dans les recueils officiels permettent de garantir cette obligation, cf. CEDH, arrêt n° 8209/78 du 22 février 1984, *Sutter c. Suisse*.

²⁹³ Articles 226-18, 226-24 et 226-31 du Code pénal.

²⁹⁴ Ces peines sont également conformes à l'esprit de la Convention 108 modernisée du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles.