

ENTRE ENJEUX SECURITAIRES ET LOI DU MARCHE, LA JUSTICE A L'ERE DU NUMERIQUE

Ollivier JOULIN

Quelle justice sociale, dans ou hors de l'entreprise, quelles libertés démocratiques pourraient s'exercer sans un système judiciaire permettant un exercice effectif des droits ?

La « révolution numérique » est annoncée, elle bouleverse tout et promet de bouleverser plus encore : l'économie, le travail, la production, la répartition des richesses, la création monétaire et d'une manière générale, la politique.

Mon point de vue, en tant que magistrat, d'ouvrier de la justice si je peux m'autoriser cette dénomination, est d'essayer d'entrevoir ce que cette « révolution » vient ou viendra bouleverser dans la Justice. Il s'agit d'un angle d'attaque, d'un point de vue, sans doute transposable à l'Université, à l'Hôpital, à l'Enseignement. Vous êtes libres de faire les rapprochements.

Pour parvenir à définir les enjeux du numérique pour la Justice, il me faut d'abord préciser ce qu'est l'acte de juger et même ce que devrait être l'acte de bien juger.

Le bon juge, vous en connaissez un qui est resté célèbre : c'est le Roi Salomon, je me permets de vous rappeler le jugement qui l'a rendu célèbre :

Lorsque deux femmes se présentent devant le Roi Salomon, chacune prétendant être la mère d'un enfant nouveau-né, le Roi Salomon se sert des outils dont il dispose : le glaive et la balance : coupez l'enfant en deux et donnez à chacune des deux femmes une moitié.

Mais la femme dont le fils était vivant s'adressa au roi – car ses entrailles s'étaient émues à cause de son fils ! – : « De grâce, mon seigneur ! Donnez-lui l'enfant vivant, ne le tuez pas ! » L'autre protestait : « Il ne sera ni à toi ni à moi : coupez-le ! »

Prenant la parole, le roi rend le jugement qui l'a rendu célèbre : « Donnez à celle-ci l'enfant vivant, ne le tuez pas : c'est elle, sa mère ! »¹

Et la Bible ajoute : *on avait vu que, pour rendre la justice, la sagesse de Dieu était en lui.*

Salomon qui ne disposait pas de nos procédés modernes de recherche de l'ADN ne pouvait rendre (une bonne) justice que parce qu'il était inspiré par Dieu.

Le Juge moderne ne peut prétendre être à l'égal de Salomon, guidé par Dieu : il doit d'abord faire de longues études juridiques, passer un concours ou un examen de haut niveau, faire un patient apprentissage auprès de ses pairs avant de pouvoir rendre des décisions motivées avec précision sur une analyse rigoureuse des faits et des moyens juridiques invoqués. La loi qu'il applique n'est plus d'origine divine mais émane du législateur, sa décision ne procède

1 Livre des Rois 3, 16-28

d'aucune magie, elle est la suite d'un raisonnement précis, le plus souvent sous la forme d'un syllogisme, sa décision est rendue « au nom du peuple français ».

L'acte de juger, selon Emmanuel KANT n'est plus seulement *prédicatif* (donner un prédicat au sujet, attribuer l'enfant à la mère véritable), il s'agit de substituer à l'idée d'attribuer, celle de *subsumer* : faire entrer le particulier sous le général - ou l'universel, rattacher le fait à la règle exacte.

Entre la théorie et la pratique, il faut encore un intermédiaire qui assure la connexion de l'une à l'autre et ce, même si la théorie est complète, car il faut adjoindre au concept qui contient la règle un acte de juger qui permet au praticien de décider si ce cas tombe, ou non, sous la règle².

Or la règle, la loi est désormais une source abondante, proliférante³, bavarde, dès 1991 le Conseil d'État dénonçait, dans son Rapport Public la « logorrhée législative et réglementaire » et l'instabilité « incessante et parfois sans cause » des normes.⁴

La versatilité même de la loi impose au juge de travailler avec un ordinateur qui lui donne accès aux données juridiques actualisées, seule manière de suivre, au jour le jour, l'incessant travail de modification de ces textes et donc la production, en flux continu de décisions prises en application de ces textes (la jurisprudence).

La justice ne peut plus se passer de l'ordinateur, la question désormais est celle de savoir si l'ordinateur permettra de se passer du Juge ?

Pour donner quelques pistes permettant d'envisager la réponse à cette question, je vous propose d'abord de décrire la situation de l'informatisation et l'acte de juger (1) pour le juge, l'avocat et pour le justiciable et ce que l'on dénomme l'Open Data, avant d'aborder les mêmes thèmes dans ce que l'on peut dénommer le Close Data.

2 Emmanuel KANT, Critique de la faculté de juge, Paris, librairie philosophique Jean VRIN, 1993, p. 256 – cité par Jacques-Alain MILLER : *la signature des symptômes* in La Cause du Désir, juin 2017. HEGEL aborde également cette notion de subsumer : « Je subsume dans la prise de possession une chose particulière sous l'élément universel de ma volonté. Un autre peut aussi bien subsumer cette chose sous sa volonté et croire que cette chose est déjà acquise par lui et que ma prétention sur la chose est injuste ; cette collision (Kollision) doit survenir dès que la particularité s'oppose à la particularité, et elle ne concerne que la particularité, non l'universalité. » : G. W. F. Hegel, Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft, Heidelberg, 1817-1818..., Nachgeschrieben von P. Wannenmann, Hambourg, Felix Meiner Verlag, 1983, p. 44. Cours de philosophie du droit de 1817-1818 (Wannenmann)

3 Le recueil des lois de l'Assemblée Nationale faisait un peu plus de 400 pages par an en 1970, près de 4000 en 2004 : Conseil d'État, Rapport public 2006 : Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit, Paris : La Documentation française, 2006.

4 A ce sujet voir : Jean-Pierre GASNIER, avocat, professeur associé à l'Université d'Aix-Marseille : *En quoi la prolifération des textes législatifs vient-elle interroger la fonction du droit ?* https://www.freud-lacan.com/index.php/fr/blog-des-evenements/44-categories-fr/site/1642-En_quoi_la_proliferation_des_textes_legislatifs_vient_elle_interroger_la_fonction_du_droit

1. La situation de l'informatisation juridique et l'Open Data.

- **L'informatique,**

Outil indispensable du juge, se développe dans l'institution judiciaire depuis les années 1990, d'abord sous la forme de simple bureautique, puis par le développement de logiciels métiers (qui permettent essentiellement une aide à la mise en forme des décisions, à la transmission et à la conservation des données).

L'informatique permet en outre, depuis les années 2000 d'effectuer des recherches sur des bases de données créées et gérées par nos institutions : Légifrance pour les textes officiels, site de la cour de Cassation, du Conseil d'État, Jurica pour les Cour d'Appel, ou sur des bases de données gérées par des éditeurs privés (Dalloz, Lexis-Nexis), tous ces sites ne contiennent actuellement qu'une sélection de décisions et ne prétendent pas être exhaustifs.

Si le site légifrance est accessible à tous, cela n'est pas le cas des autres sites, soit que leur accès soit partiel (site de la Cour de Cassation) soit qu'il soit payant –site des éditeurs Dalloz ou Lexis-Nexis) : les juges ont accès à l'ensemble des sites, ce n'est pas actuellement le cas pour les citoyens.

- **L'open data**

La nouveauté, dans ce domaine est l'entrée de la Justice dans l'**Open Data**, c'est-à-dire au recueil qui va devenir à la fois exhaustif et public (de l'ensemble des décisions rendue par les juridictions) : Depuis la loi LEMAIRE⁵, tous les jugements rendus par les juridictions devront être mis à disposition du public sous forme numérique.

Il s'agit de renseigner des bases de données avec l'ensemble de ces décisions, lesquelles seront toutefois « pseudonymisées » : cela doit participer aux principes de la transparence et de l'accessibilité des citoyens aux décisions qui sont, rappelons-le, rendues « au nom du peuple français » ; autrement dit, le service public de la justice ne peut plus se contenter de rendre ses décisions publiquement, il doit partager ce que le citoyen considère comme un « patrimoine public ».

On notera que cette **évolution de l'Open data** est générale et s'inscrit bien sûr dans un cadre international : ces dispositions de droit interne français transposent une directive européenne

⁵ LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, article 21 : Le chapitre unique du titre Ier du livre Ier du code de l'organisation judiciaire est complété par un article L. 111-13 ainsi rédigé :

« Art. L. 111-13. - Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées.

« Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes.

« Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces décisions.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article. »

du 26 juin 2013 concernant la réutilisation des informations du secteur public.⁶ Ces dispositions européennes ont pour « source » l'engagement en 2013, des chefs d'État qui participaient à la réunion du G8 de Lough-Erne à l'occasion de laquelle a été signée une charte qui, dans son premier principe, établit que l'ouverture des données publiques doit devenir la pratique par défaut de leurs administrations.

Selon ses promoteurs cette loi « *prépare le pays aux enjeux de la transition numérique et de l'économie de demain. Elle promeut l'innovation et le développement de l'économie numérique, une société numérique ouverte, fiable et protectrice des droits des citoyens. Elle vise également à garantir l'accès de tous, dans tous les territoires, aux opportunités liées au numérique* »⁷

L'Open Data ou Donnée Ouverte est une donnée numérique dont l'accès et l'usage sont laissés « libres » aux usagers. Elle peut être d'origine publique ou privée, produite notamment par une collectivité, un service public (éventuellement délégué) ou une entreprise. Elle est diffusée de manière structurée selon une méthode et une licence ouverte garantissant son libre accès et sa réutilisation par tous, sans restriction technique, juridique ou financière.

Pour le dire autrement, l'open data est un moyen insidieux de privatiser la production de la justice (les jugements rendus) considérée comme une matière première cédée gracieusement à des opérateurs privés qui en feront la transformation (les données brutes sont inexploitables) pour fabriquer un nouveau produit : des bases de données indexées.

- **Pour le juge**

L'Open Data permet une extension quasi infinie de ces bases de données mais constitue également un outil comparatif, l'Open Data permettra de connaître toutes les décisions rendues par un juge et de les comparer avec toutes les décisions rendues par les autres juges, de faire des comparaisons.

Le juge lui-même ne sera plus censé ignorer les mouvements de jurisprudence, les applications habituelles des textes, la question est donc : est-ce que le juge veillera à se situer dans la moyenne, dans la norme, dans l'attendu (pour faire un jeu de mot) ? Évitera-t-il les jurisprudences dissidentes, minoritaires, innovantes, de rupture ? Il y a risque de modélisation.

Si le développement du numérique est toujours présenté comme une *modernisation, une avancée*, autrement dit un *progrès*, rappelons-nous comme le fait observer Alain CHARAUD *les algorithmes ne pouvant utiliser que les données connues et donc passées tendent à*

⁶ Directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE

⁷ Termes utilisés sur le site : economie.gouv.fr Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics

*reproduire voire à affermir les relations, les goûts et les choix présents, et non à ouvrir sur de nouveaux choix relationnels ou matériels.*⁸ Il y a un risque de régression ou de stagnation

Au-delà, la machine ne s'imposera-t-elle pas pour former les juges : en Chine où « *[l'intelligence artificielle] est déjà utilisée pour deux raisons : les Chinois n'ont jamais eu de système de droit avant 1980 et ils manquent de juristes, dans certaines provinces chinoises, des systèmes d'intelligence artificielle proposent des décisions aux juges parce que ces derniers ne sont pas compétents ou impartiaux. Cela rassure que ce soit la machine qui prenne les décisions*

⁹

Et cette formation deviendra-t-elle un véritable formatage ?

Déjà, nous sentons les prémisses de ce mouvement : lorsqu'un nouvel arsenal législatif et réglementaire est mis en place, il est accompagné de notes, circulaires, voire modèles et imprimés types destinés à l'administration mais également de formations spécifiques, y compris en E-Learning, destinées aux juges.

Le Juge qui dans l'utopie des codificateurs aurait dû être la « bouche de la loi » n'est plus seul face au texte légal, il est accompagné par des liens, qui créent de véritables nouages, qui lui permettent de passer d'un article de loi à l'exposé des motifs du législateur , aux travaux préparatoires, aux décrets d'application, circulaires et notes, imprimés type, modèles... puis à l'ensemble des décisions rendues par les juridictions nationales ainsi qu'aux commentaires formulés par les juristes les plus éminents.

La profusion des données créé la confusion. L'extension quasi infinie des bases de données donne le vertige : ces suites labyrinthiques égarent, font perdre le fil du raisonnement, alors que l'on attendait de la transparence et de la fluidité tout devient opaque et visqueux. Plus la capacité de la machine à faire des calculs augmente moins nous savons calculer.

A ce stade, si des logiciels d'aide à la décision se développent, on ne peut encore se passer du juge, mais pour combien de temps ? On sait que l'ordinateur suppose une programmation, laquelle est basée sur un chiffrage de données auxquelles on applique ensuite des calculs, les algorithmes (suite finie et non ambiguë d'opérations ou d'instructions permettant de résoudre un problème).

L'algorithme se définit comme « une suite logique de données objectives non ambiguës », ou encore, selon Jérôme THOMAS comme « *ce dispositif mathématique qui est en capacité*

⁸ Alain CHARRAUD inspecteur général honoraire de l'INSEE, président du Conseil de l'ENSAI (École nationale de la statistique et de l'analyse de l'information) et président de la section Prospective du CESER de Bretagne (Conseil économique social et environnemental : *efficacité de l'ère numérique, Algorithmes et big data sous la loi du marché* sur le site du forum de Nantes de l'ECF

⁹ Philippe GINESTIE, avocat associé, lors de la 3ème table ronde de la 6ème journée du management juridique, cité par Laurine TAVITIAN, Rédaction du Village de la Justice : <https://www.village-justice.com/articles/Justice-predictive-est,22683.html>

d'analyser une somme de données sur le comportement et les énoncés d'un internaute pour établir des corrélations ou prédictions statistiques »¹⁰

La tentation est donc de considérer quels sont les éléments pertinents d'appréciations du juge dans chacune des affaires qu'il doit traiter pour les traduire en données (par exemple : l'âge, les revenus, l'atteinte à la capacité à la suite d'un accident, sont les données utiles pour apprécier de l'indemnisation du préjudice de la victime d'un accident, de même, les revenus de chacun des époux, leurs charges, le nombre d'enfants permettent de calculer le montant d'une pension alimentaire en cas de séparation).

La question, du point de vue de l'informaticien est de rechercher les données objectives « non ambiguë » permettant de faire des calculs.

L'ordinateur pourra alors « proposer une solution » au juge. Et le juge sera tenté d'abandonner la recherche et de choisir la solution proposée par la machine. Si le juge ne veut pas céder à cette tentation, la loi pourrait lui imposer : on l'a vu, cela est le cas pour l'indemnisation du licenciement qui sera « barémisé », ce qui est destiné à mieux évaluer le « risque » (le coût) économique pour l'entreprise, sans appliquer le principe du droit à une indemnisation totale et donc adaptée à la situation individuelle.

Du reste, le Juge, pour faciliter le travail de la machine va, au travers de chartes éditoriales, être amené de plus en plus à faire un travail préparatoire de pré-programmation, facilitant l'indexation de ses décisions en faisant le choix de mots clés, de critères de sélection des données : les trames dont il fera usage lui imposeront un ordre, une classification des éléments factuels, une énumération des données, une fragmentation des éléments du litige.

Il est bien évident que les algorithmes ne peuvent résoudre toutes les équations judiciaires car elles ne reposent pas systématiquement sur la recherche de données objectives.

A ce titre, le législateur confie au juge le soin de donner du corps à des données parfaitement subjectives, celles que l'on peut placer dans un ensemble dénommé les « standards »¹¹; ainsi on demande au juge de statuer en fonction de *l'intérêt de l'enfant*, sans donner une définition objective (impossible à donner) à cette notion, ou encore il est fait référence à *l'ordre public* ou encore aux *bonnes mœurs*.

10 Jérôme THOMAS, *Les algorithmes du désir* : que fait la raison numérique de nos traces ? La Cause du désir, n°94, 2016, p. 69 : Tout est dans l'usage du terme « énoncé » pris par l'informaticien comme une donnée objective non ambiguë... et Jérôme THOMAS poursuit en indiquant « l'énoncé ou l'objet qui satisfera mon désir à l'instant d'après. En ce sens la logique ou l'intelligibilité algorithmique de l'Internet contemporain – qui fait d'Internet un dispositif plutôt qu'un stock – consiste à éléver des traces erratiques au rang de symboles numériques, pour y opérer ensuite des calculs qualifiant, interprétant puis anticipant les désirs des sujets »

11 Mesure moyenne de conduite sociale correcte selon le Doyen Roscoe POUND de l'American Bar Association en 1919 : bon père famille, inconvénients normaux de voisinage, bonne foi, protection raisonnable, etc. le standard permet une adaptation constante du droit à la sociologie, il permet au juge de créer des règles là où la loi est dans l'incapacité d'entrer dans le détail. Source : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1970_num_22_2_15698 Standards juridiques et unification du droit – Persée par André Tunc Revue internationale de droit comparé Année 1970 Volume 22 Numéro 2 pp. 247-261

Dans le code régissant le droit des étrangers (qui s'intitule code sur l'entrée, le séjour et le droit d'asile ou CESEDA) existe ainsi une disposition¹² qui donne une immunité pénale (qui exonère donc des poursuites) la personne qui aide un étranger à l'occasion d'un séjour irrégulier, lorsque cette aide est faite sans contrepartie et précise que l'aide peut avoir pour finalité de « *préserver la dignité* » de l'étranger. Mais la loi laisse au juge le soin d'apprécier de ce standard : qu'est-ce-que la dignité ?

La Cour d'Aix en Provence, dans un arrêt récent vient, par exemple d'affirmer qu'une action militante et revendiquée en tant que telle, fin de soustraire des étrangers aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration ne pouvait bénéficier d'une immunité pénale.¹³ Ce que nous dit cet arrêt c'est que nos autorités, lorsqu'elles procèdent au contrôle des étrangers dans l'application des dispositions légales, ne sauraient porter atteinte à leur dignité. Les juges ne vont pas comme leur suggérait le ministère public, affirmer que la notoriété de l'action militante était une contrepartie, ce qui aurait rendu l'immunité posée, sans aucune portée. Ils passent par un standard, la notion de « dignité » puis font un raccourci : du moment que ce sont des autorités (légitimes) qui agissent en application de la loi (démocratique) les contrôles ne peuvent porter atteinte à la dignité de l'étranger. Ils se montrent ainsi des **gardiens de l'ordre, ce qui suppose le respect de l'autorité, des règles** de régulation des flux migratoires et permettent d'échapper à la problématique posée par Hannah Arendt¹⁴ de la « banalisation du mal » en concentrant leur raisonnement sur le principe de la légitimité de l'autorité. D'autres juges auraient pu à l'inverse complet de cette application du standard de la dignité affirmer que la situation internationale actuelle conduisait à une telle dégradation de la vie des migrants qu'elle induisait nécessairement une atteinte à leur dignité, validant ainsi le réflexe humanitaire qui consiste à aider ces migrants malgré l'action des « autorités légitimes » et l'application de textes légaux.

Aucun algorithme ne peut se substituer à l'homme pour appliquer un standard, lequel impose de rattacher à un individu (individuation), dans un contexte social en mouvement, une analyse juridique qui est souvent subjectivée, corrélée par exemple à l'adéquation d'un comportement à un temps T au regard, à la manière dont le milieu social le ressent subjectivement depuis un temps T- 1

Comme le décrit fort bien Antoinette ROUVROY, dans les algorithmes il y a une individualisation (hyper indexation des personnes) mais une perte d'individuation : il n'y a plus des personnes mais des fragments de personnes.¹⁵ On ne pense plus le réel dont la complexité nous effraie ou nous échappe, on laisse le soin aux machines de penser le réel pour nous.

12 L622-4 du CESEDA

13 Arrêt 2017/568 CA Aix-en-Provence, 13^{ème} chambre correctionnelle, 7 août 2017.

14 Hannah ARENDT (traduction de Sylvie COURTINE-DENAMY, *Journal de pensée (1950-1973)* Le Seuil (2 septembre 2005) Collection : L'ordre philosophique ISBN-10: 2020620618. L'auteur note qu'en principe les hommes sont jugés pour avoir désobéi et que pour la première fois, à Nuremberg, ils l'ont été pour avoir obéi.

Le Juge se trouve ainsi, seul confronté à l'individu qu'est le justiciable tout entier avec son histoire, sa personne, sa complexité, ce que le juge en connaît, et l'informatique vient opposer au juge une multitude de fragments de données, censées représenter une jurisprudence moyenne élaborée par l'ensemble de tous les juges qui dessineraient quelque chose de l'ordre du constant, unanime, moyen et prévisible, donc incontestable. La portée même de la décision judiciaire est désincarnée, comme s'il s'agissait d'une opération mathématique comprise dans un ensemble dont la complexité n'est plus humainement accessible et où il suffit au juge d'entrer les suites de données, la machine affichant le résultat.

L'informatique (plus largement les nouvelles technologies) a aussi un effet sur la distance et la proximité, or la Justice, la bonne justice peut-être celle qui par sa simplicité, sa proximité et sa rapidité vient apporter une solution au litige (les deux prostituées vont voir sans formalité le Roi Salomon qui est un juge de proximité). Dans un monde virtuel, la distance est abolie : on en vient à traiter des audiences par vidéo-conférence, on saisit le juge sous une forme dématérialisée, les échanges entre les avocats et le Tribunal se font par un réseau virtuel, à terme, le justiciable prochainement devrait suivre l'avancement de sa procédure en se connectant sur internet avec le code d'accès à son dossier. Cette abolition de la distance conduit nos gestionnaires à se poser la question de la rentabilité de la multiplicité des sites judiciaires et tous les pays occidentaux ont réduit notablement le nombre de leurs juridictions et le nombre des « audiences physiques ».

Le Juge idéal n'est plus le Roi Salomon. Le Juge moderne se désincarne au rythme des algorithmes. Par ailleurs, injonction lui est faite d'être *impartial, neutre, prévisible*, rapide, d'être un rouage huilé dans la machine judiciaire et d'être également *transparent* : non seulement toutes les décisions peuvent être connues, mais lui-même doit répondre de tous les liens qui pourraient venir parasiter sa pensée¹⁶.

La transparence des juges, *l'effet neutre (neutralisant)*, la nouvelle conception de l'impartialité « modélisent » ainsi le « juge idéal ».

La machine informatique devrait désormais prévoir de manière neutre quelle est la décision applicable, quelle doit être la décision judiciaire, à terme, elle devrait permettre de se passer

15 Conférence d'Antoinette ROUVROY « La gouvernementalité algorithmique ou l'art de ne pas changer le monde » Conférence donnée le 1er décembre 2016 dans le cadre de la Chaire Géopolitique du Risque, organisée par le -département de Géographie de l'École Normale Supérieure (ENS). Antoinette ROUVROY est docteure en sciences juridiques de l'Institut universitaire européen (Florence, 2006) ; chercheuse qualifiée du FNRS au centre de Recherche Information, droit et Société (CRIDS) ; enseignante à l'université de Namur.

16 LOI organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature : Les juges sont tenus (comme les hommes politiques) de faire des « déclarations d'intérêts » et vont bientôt être assujettis à faire des déclarations de patrimoine. Sans entrer dans le détail de ces dispositions qui ont été introduites dans la loi organique (c'est-à-dire à valeur constitutionnelle) relative au statut de la magistrature, il convient de souligner que ces dispositions comme les précédentes s'inscrivent dans l'esprit de la transparence de la vie publique et bien sûr de la lutte contre le risque de corruption. Même si les données concernant le patrimoine des juges et leurs déclarations d'intérêts seront confidentielles, il est probable que des hackers parviendront à percer les quelques codes qui les dissimulent : les juges mêmes pourront ainsi devenir transparents.

du juge lui-même : la possibilité de prédiction de la décision judiciaire pourra autoriser le contournement de l'institution (dès aujourd'hui, ce qui est vendu par les éditeurs de données c'est que la connaissance du résultat probable permet de solder un contentieux par une transaction).

L'informatique transformerait ainsi totalement la justice : auparavant la justice était obscure, magique, imprévisible, désormais il serait possible d'établir le profil du juge, de prévoir sa décision ou du moins la décision qu'il devrait normalement prendre : autant faire l'économie du juge et le remplacer par la machine. Tout cela, bien sûr dans un monde idéal où la machine ne fait pas d'erreur et où tout serait réductible à des algorithmes : rendre la justice revenant à effectuer un calcul d'une grande complexité dont seule serait capable une machine.

Dans le budget de la justice 2018 il est prévu plus de 20 % d'augmentation du budget informatique et corrélativement plus de 180 redéploiements de postes (c'est-à-dire des suppressions de postes remplacés par les moyens informatiques nouveaux) : est ainsi réalisé une démarche idéale pour le marché : moins de fonctionnaires et de dépense publique¹⁷.

Et comme le relève le Premier Président de la Cour de Cassation : *Actuellement, l'entreprise privée opère des progrès spectaculaires dans cette approche grâce à la mise à disposition d'outils performants. Peu à peu, grâce à ces outils, appelés à rendre les décisions de justice toujours plus cohérentes, un nouveau métier d'avocat, destiné à éviter le juge, remplace l'ancien, centré sur le recours au juge, remède à tous les différends.*¹⁸

L'informatisation permet ainsi d'envisager de réduire la dépense publique (moins de juges), de créer des nouveaux marchés (le marché de la consultation juridique en ligne et plus tard celui de la résolution des litiges en ligne avec à ce titre une « privatisation » plus complète de la justice), le tout sans que rien ne bouge ni ne progresse : il s'agit bien, de fait d'une évolution conservatrice.

Et avant de supprimer les juges, l'informatique participe à leur édulcoration, leur neutralisation, leur formatage dans un moule étroit.

- **Pour l'avocat :**

Le Big Data et les moyens informatiques sont des moyens qui permettent d'envisager de se passer du juge mais aussi de se passer des avocats au sens classique du terme :

Des start-up de la legal tech et de l'open law ont ainsi initié le marché de la legal french tech : fast-arbitre.com qui travaille sur le legal design (catégorisation des litiges et énonciation des procédures par un dessin approché visant à replacer l'utilisateur-consommateur de consultation juridique au cœur du processus de création, ce qui suppose pour les juristes de se

17 déclarations de la garde des sceaux du 8 septembre 2017 (dans dalloz actualités 28 septembre 2017 : Un budget en hausse et beaucoup de projets pour la justice en 2018)

18 Pour l'unité de la procédure civile par Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation, Bulletin de la Cour de Cassation 27 septembre 2017

placer dans la situation des non-juristes.) propose ainsi de solutionner les litiges en ligne pour « 3 à 4 fois moins cher qu'une procédure classique et en moins de deux mois »¹⁹. Disposer des programmes informatiques juridiques performants permettrait d'éviter purement et simplement de passer par les juridictions et permettrait d'économiser les frais de multiples avocats : c'est ce qui s'est passé dans un cabinet d'avocat américain, qui a licencié 50 partenaires pour acheter une machine très perfectionnée, c'est aussi ce que promet Louison Dumont, un jeune Français présenté comme un virtuose de l'informatique et qui projette d'ubériser les avocats à lui tout seul en lançant Peter, **l'avocat virtuel**.

La mission de recherche droit et justice (Groupement d'intérêt Public ou GIP) finance des recherches sur la digitalisation, les blockchains, **la justice prédictive**²⁰... : Le Big Data et le Machine Learning sont censés résoudre de nombreux problèmes et aider les professionnels du droit : en prédisant le risque d'être condamné/relaxé ou en calculant en prédisant le montant des dommages et intérêts lors d'un divorce, d'un licenciement ou d'un accident par exemple ;

Au sein des entreprises, veille désormais le contract manager, dont la finalité est d'éviter le rapport de force, de sécuriser les processus contractuels et juridiques. Si certains observent que l'accès facilité à l'information juridique conduit à sa perte de valeur, d'autres soulignent que l'abondance des données créé des clients exigeants mais pas nécessairement à même de trouver dans le foisonnement la solution à leur problème. bref ce qui va permettre de valoriser ces données ce sont les systèmes d'analyse entre les mains des experts. L'émergence des métiers du droit outre atlantique s'accompagne également d'une montée en puissance de l'informatique ainsi que d'un contournement de l'institution judiciaire : entre deux grandes entreprises, les juristes et les informaticiens calculent les *risques* de procès, les avantages de la transaction et de l'arbitrage, pour finir par rédiger des protocoles d'accord verrouillés, très sophistiqués : prédire avec le moins d'incertitude possible ce que sera la réponse de la juridiction X quand elle est confrontée au cas Y ;

- **La loi du marché.**

Désormais les **informations publiques** figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations, dont font partie les jugements et arrêts rendus (publiquement) par les Cours et Tribunaux, doivent être **accessibles à tous**, en vertu du principe de la transparence.

Mais donner tout à voir, est-ce assurer effectivement la transparence ?

L'open data, on le voit permet l'accès à une profusion de données, lesquelles se présentent comme des fragments identiques, des séries, des classes. Ces données brutes sont des suites quasi infinies, lesquelles permettent de faire, au sens mathématique des régressions à l'infini. La donnée ouverte est un véritable labyrinthe, dont la taille croît sans arrêt de sorte qu'à

19 site internet www.fast-arbitre.com, édité par Institut Digital d'Arbitrage et de Médiation (IDAM) SAS, société au de capital social de 1000 €.

20 Voir notamment programme de recherche du GIP Mission de Recherche Droit et Justice : *Comment le numérique transforme le droit et la justice par de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser* de Godefroy LEMY, LEBARON Frédéric, LEVY-VEHEL Jacques - Université de Nice - Sophia Antipolis

supposer que l'on y trouve un chemin, la croissance même du labyrinthe suffit à lui seul à s'éloigner de l'éventuelle porte de sortie...

La seule solution pour résoudre cette difficulté liée à la quantité des informations, c'est d'en effectuer le traitement, le « raffinage » ce qui nécessite des moyens financiers importants de conception des logiciels et de mise à jour de banques de données.

Ainsi, pour répondre à l'exigence de transparence la donnée ouverte doit être accessible sur un mode raffiné, diffusée de manière structurée : c'est le traitement et le « raffinage » de ces données brutes qui supposent une programmation, laquelle est basée sur un chiffrage de données auxquelles on applique ensuite des calculs, les algorithmes suite finie et non ambiguë d'opérations ou d'instructions permettant de résoudre un problème.

Mais qui effectue ce raffinage des données ? Quelle garantie est fournie au justiciable pour que ce raffinage des données soit aussi neutre, objectif et impartial et que ce que le justiciable est en droit d'attendre de son juge ?

Il nous est bien annoncé, dans les textes que *Les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus.*²¹

Pour le dire en langage courant ces méga-données vont être utilisées pour produire des interprétations, des analyses normatives, statistiques exploitables sur le marché du droit, qui est un marché en pleine expansion.

Cela passe par l'identification, l'extraction et la "brutification" des données²². Le service public de la justice fournira gratuitement un produit brut dont le raffinage, l'exploitation et la redistribution sera une source de profits et bien sûr à *d'autres fins que la mission de service public*... les promoteurs de l'open data mettent en avant les aspects de transparence et de démocratisation, mais retenons que le moteur de l'Open Data est avant tout « le marché » : « En augmentant la quantité de données mises à disposition sur le marché, on se rapproche autant que possible du marché parfait, *ce qui génère de la croissance*, permet *l'apparition de*

21 LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique précitée.

22 La fabrique des données brutes. Le travail en coulisses de l'open data par Jérôme DENIS et Samuel GOËTA Département SES LTCI - Laboratoire Traitement et Communication de l'Information. Penser l'écosystème des données. Les enjeux scientifiques et politiques des données numériques, Feb 2013, Paris, France. <halshs-00990771>.

Voir également : des mêmes auteurs: « *Brutification* » et *instauration des données. La fabrique attentionnée de l'open data* » Ces sociologues ont conduit une enquête de deux années dans plusieurs institutions françaises, ils montrent quelle est la nature des opérations réalisées pour la brutification : enquête collective pour identifier des jeux de données. Choix d'une sélection pertinente qui est ensuite extraite des systèmes d'information puis transformations et nettoyages censées apporter une double intelligibilité, humaine et technique. Denis, J. & Goëta S. (2016) “Brutification” et instauration des données. La fabrique attentionnée de l'open data. i3 Working Papers Series, 16-CSI-01.

nouvelles activités économiques et au bout du compte des services de meilleure qualité, de plus grande efficacité pour le public.²³ ». Disent-ils.

Pour le dire autrement, tout autrement : l'augmentation de la quantité des données juridiques accroît la confusion et impose à la fois l'acquisition de logiciels et le travail d'experts pour s'y retrouver tout en permettant de privatiser la Justice, d'externaliser la gestion des conflits (« nouvelles activités économiques ») mais en s'assurant que cette gouvernance algorithmique restera un « *art de ne pas faire changer le monde* » (selon l'expression d'Antoinette ROUVROY²⁴).

2) La situation de l'informatisation juridique et le « « Close Data ».

Nous venons de voir comment la donnée Ouverte constitue une belle opportunité pour le marché de créer des nouvelles activités, des nouveaux produits et d'économiser la « dépense publique », de résoudre « algorithmiquement » la dangereuse équation du Juge.

Or, dans l'ombre de l'Open Data et exactement à son opposé se trouve ce qu'il faut dénommer le « Close Data » : l'ensemble des données couvertes par un secret, un verrouillage, une clôture.

En principe, ne peuvent être ouvertes les données personnelles (sauf consentement), celles qui portent atteinte à secret professionnel (sauf notion de secret partagé) ou encore celles qui portent atteinte à la sécurité publique.

Par exception à ces règles, la Justice dispose pour l'accomplissement de sa mission, de larges possibilités d'accéder au Close Data.

Ainsi, la Justice et son bras armé, la police, disposent d'un foisonnement de fichiers propres, mais aussi de la faculté d'accéder à des données en principe fermées tandis que de nouvelles technologies permettent de relier ces données, de les analyser, de les comparer.

- **Close Data : l'informatique et les fichiers, des métiers qui changent.**

- Il est possible d'évoquer une évolution considérable des « fichiers » :

23 Termes utilisés dans l'exposé des motifs introduisant la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

24 « La gouvernementalité algorithmique ou l'art de ne pas changer le monde » Conférence donnée le 1er décembre 2016 précité. DONOVAN estimait aussi qu'une transparence basée exclusivement sur des phénomènes quantifiés donne à voir un monde statique et largement schématique : Donovan, K.P. 2012. « Seeing like a slum: Towards open, deliberative development », Georgetown Journal of International Affairs, vol. 13 (1), p. 97-104.

Ces derniers ne se dénomment plus « fichiers » mais « *systèmes* », « *application* », « *traitement* », *Chaîne applicative* ». Il ne s'agit plus de fiches manuscrites de petit format mais bien de recueil de données informatisées. Le fichier **STIC** (Service de Traitement des Infractions Constatées, fichier des services de police, a fusionné avec le celui des gendarmes pour donner le fichier **JUDEX** dans un fichier **ARIANE** (Application de Rapprochement, d'Identification et d'ANalyse pour les Enquêteurs) en 2007. Depuis 2011, le fichier a encore évolué et se dénomme **TAJ** (Traitement des Antécédents Judiciaires), fin mars 2016, TAJ intégrait 15,6 millions de fiches de personnes mises en cause, dont 3,4 millions présentant au moins une photographie de la personne. La durée de conservation des données pour les majeurs est en principe de 20 ans, mais peut varier, en fonction du type d'infraction, entre 5 et 40 ans. Pour les mineurs, elle est de 5 ans mais peut atteindre 10 ou 20 ans pour certaines infractions. Le fichier **TAJ** est désormais en inter connexion avec **CASSIOPEE** (Chaine Applicative Supportant le Système d'Information Orienté Procédure pénale Et Enfants) qui en est l'interface judiciaire et qui devrait permettre d'effacer les mentions lorsqu'une relaxe ou un acquittement est prononcé.²⁵

Par dérogation au principe au droit d'information et au droit d'accès aux données nominatives contenues sur des fichiers, le législateur n'a prévu aucune délivrance d'information et surtout *aucun droit d'accès direct* : la demande doit être présentée à la CNIL qui interroge le procureur de la République qui peut refuser ou autoriser la délivrance d'informations, la CNIL ne vérifie que la motivation formelle du procureur.

Par ailleurs, ce fichier inter-connecté justice-police-gendarmerie permet d'effectuer des analyses criminelles par analyse serielle, il ne s'agit pas seulement de ficher des individus mais bien de disposer d'un *outil d'enquête* et de rapprochement.

Enfin, lors des enquêtes menées par la Police, sous le contrôle plus ou moins étroit de la Justice, il est possible de recueillir toutes sortes de *données privées* ou commerciales, traces informatiques, laissées par les individus : le monde traces informatiques devient le terrain d'enquête

25 Le dernier né des « fichiers » qui est un système de traitement des données se dénomme ACCReD, fichier d'automatisation de la consultation centralisée de renseignement et de données, la référence aux données ethniques et raciales aura disparu à la demande de la CNIL, le contentieux est soumis à la formation spécialisée du Conseil d'État, évinçant par là même le juge judiciaire pourtant gardien des libertés individuelles : Décret n° 2017-1224 du 3 août 2017 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « ACCReD ». Par ailleurs un fichier BIOPEX dont la mise en œuvre est assurée par la direction du renseignement militaire (DRM) a été créé dans le même esprit (renseignements). La liste des fichiers de traitement automatisé de données à caractère personnel intéressant la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique dressée par décret du 15 mai 2007 compte désormais 16 fichiers. Référence : Warren AZOULAY *Du panoptique au technoptique : renforcement de l'arsenal de collecte de données - Par quatre actes réglementaires, le renseignement français a manœuvré durant l'été. De l'évolution de CRISTINA à l'émergence d'ACCReD et de BIOPEX, la stratégie de collecte généralisée s'affermi*. Revue Dalloz 19 septembre 2017 PÉNAL Presse et communication

Inutile de dire que dans ce contexte, les enquêtes policières d'aujourd'hui n'ont plus rien à voir avec celles d'hier : il n'y a plus de « commissaire Maigret », comme il n'y a plus de médecin de famille pour ausculter ; le policier moderne travaille avec des logiciels d'Anacrim (logiciel d'analyse criminelle) en complétant les données recueillies sur les fichiers par les traces électroniques permettant d'identifier à quel endroit se trouvaient les personnes, les véhicules, les téléphones, en retrouvant les enregistrements de la [vidéo-surveillance²⁶](#), en constituant les environnements des suspects ou des témoins et leurs points de connexion, en retracant les mouvements financiers (tracfin). Parfois en quelques heures, il est possible sans aucune audition de témoins, de disposer des images vidéo de la préparation ou de la commission d'un crime ou d'un délit et de cerner l'identité non seulement du ou des auteurs mais aussi de l'ensemble de son environnement.²⁷

Car, sans toujours le savoir, nous semons dans l'accomplissement d'actes de la vie privée, un nombre considérable de données qui vont être mémorisées, stockées et éventuellement analysées : nous pouvons être géo-localisés, horodatés avec une précision que n'aura jamais aucun témoin.

Et l'informatique permet que ces données recueillies, la plupart du temps à notre insu, soient de plus en plus nombreuses : en 2010 il était recensé 10.000 caméras installées dans les Communes pour assurer leur vidéo-protection ; en 2012, ce chiffre avait doublé, en 2014 poursuivant une augmentation exponentielle d'implantation 50.000 caméras installées par les Communes ou l'État étaient recensées²⁸. Sans compter les caméras installées dans les commerces, les entreprises, voir au domicile des personnes. En précisant que ces caméras n'ont plus rien à voir technologiquement avec les premières caméras installées à partir des

26 En principe on ne doit plus dire vidéo-surveillance mais vidéo-protection depuis la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPSSI 2), entrée en vigueur en mars 2011. Cette mutation sémantique permet, selon Nelly FERREIRA, maître de conférences en droit public à l'université de Cergy-Pontoise, « de légitimer un système qui, ainsi, se transforme, passant d'une surveillance 'négative' à une protection bienveillante » : VIDÉOPROTECTION DE L'ESPACE PUBLIQUE : LES COMMUNES VOIENT FLOU par Blandine CARPENTIER, Préface de Nelly FERREIRA ; Master Collectivités territoriales et politiques publiques, défense armée, sécurité droit, justice sciences politiques EUROPE France. Éditions L'HARMATAN ISBN : 978-2-296-96587-4 • février 2012 • 144 pages

27 On peut citer comme exemple de recueil intensif de données dans une affaire pénale : l'affaire dite de Tarnac, en 2008, la SNCF est victime de diverses opérations de supposés sabotages de ses caténaires, depuis six mois environ, les services de police enquêtent sur un groupe qualifié d'anarchistes et qui s'est établi autour d'une épicerie solidaire, à Tarnac en Corrèze. Après un sabotage sur une ligne TGV en Seine et Marne dans la nuit du 8 au 9 novembre 2008, un coup de filet est opéré le 11 novembre, dont plusieurs personnes issues du groupe de Tarnac, en particulier Julien COUPAT et sa compagne. L'historique de cette enquête permet de montrer comment ont été mis en œuvre des moyens sophistiqués : pose d'une balise sous la voiture de Julien COUPAT, sonorisation de l'épicerie du village de Tarnac, analyse des opérations bancaires (qui seront invoqués pour tenter de disculper la compagne de Julien COUPAT, sa CB ayant été actionnée à Paris au moment de la commission des faits en Seine et Marne), mise en place d'un dispositif de vidéo surveillance à proximité du domicile parisien de Julien COUPAT, utilisation par la défense, de mails adressés confidentiellement par le juge d'instruction chargé de l'enquête pour communiquer avec certains journalistes (ces éléments conduiront le juge à se déporter), on saura également que le principal inculpé dans cette affaire, qui a fait des études de commerce, est titulaire d'un fond commun de placement sur lequel il disposait de 50.000 €

NB, Julien COUPAT est l'auteur d'un article publié dans la Revue Esthétique n° 33 en 1998 et qui s'intitule Comment le Réel Avance Sans l'Homme.

années 1970 dans les banques : elles sont désormais en mesure de fournir de véritables films haute définition, sur lesquels il est possible de zoomer, il est possible de conserver ces images plus longtemps et les logiciels de reconnaissance visuelle permettant d'améliorer l'identification des individus dont l'image a été enregistrée progressent également rapidement (caméra infra-rouge à vision nocturne, caméras reliées à des dispositifs de détection des mouvements et qui peuvent suivre une personne automatiquement, système de relevé automatique des plaques d'immatriculation...)

La CNIL²⁹ recensait en 2012 près de 950.000 caméras déclarées, installées par des commerçants ou entreprises privées, et 50.000 caméras pour l'État et les collectivités publiques.

Il peut être envisagé de prolonger le recueil systématique de données par une suite judiciaire automatisée, certains envisagent en particulier de poser des mouchards dans les véhicules automobiles³⁰ (c'est déjà le cas dans les camions et les avions). L'informatique permet d'envisager ce travail de collecte, pourquoi ne pas prolonger le travail de ces « mouchards » par une sanction pénale automatique ?

La Justice a déjà mis en place une **gestion automatisées**³¹ des procès-verbaux dans le domaine de la circulation routière : un robot, doté par exemple d'un radar et/ou d'un appareil photo, peut relever à l'encontre d'un automobiliste, un excès de vitesse ou le franchissement d'un feu rouge, ensuite la contravention, la suspension de permis de conduire est gérée automatiquement par une machine. Bien sûr, pour l'instant, le recours, la contestation est possible, même si elle est complexe (en l'absence de démarche la reconnaissance de culpabilité est présumée) et rendue difficile (il faut d'abord payer l'amende pour être recevable à la contester) mais ce recours permet de faire arbitrer par un être humain la contestation, en théorie : on connaît des cas où une personne s'est fait usurper son identité ou sa plaque d'immatriculation et a alors vécu un véritable cauchemar ; comment prouver cent fois, mille fois, que l'on est victime d'une telle usurpation ?

28 Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République en conclusion des travaux d'une mission d'information sur la lutte contre l'insécurité sur tout le territoire et présenté par M. Jean-Pierre BLAZY Député, compte-rendu d'audition de Luc Strehaino président de la Commission nationale de la vidéoprotection, http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2311.asp#P1952_442296.

29 <https://www.cnil.fr/fr/videosurveillance-videoprotection-les-bonnes-pratiques-pour-des-systemes-plus-respectueux-de-la-vie>

30 C'est une demande formulée par la ligue contre la violence routière depuis le début des années 2000, selon elle plus de 90% des véhicules américains est équipé d'un tel dispositif (cité par Rafael RIVAS, journaliste au Monde 29 novembre 2013 : Pour ou contre les boîtes noires automobiles ?)

31 Le traitement automatisé des données dans une perspective de sanction judiciaire ou STAD est défini comme étant tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoire, de logiciel, de données, d'organes d'entrées-sorties et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs de sécurité : définition proposée lors des débats au Sénat sur la loi Informatique et libertés de 1978

A partir de janvier 2018³², ce mode de traitement automatisé d'infractions va être étendu à certains délits (défaut d'assurance, défaut de permis de conduire) ... On commence par le plus simple mais rien sans doute n'arrêtera « le progrès ». », il est ainsi envisagé d'étendre ce dispositif à l'infraction d'usage de stupéfiants³³

On le voit donc, dans le domaine de la justice pénale, le Juge peut être progressivement remplacé par un système de traitement automatisé, prudemment, la loi prévoit cependant toujours qu'en cas de contestation du résultat de ce traitement automatique, le recours à vrai juge reste toujours possible : mais bien souvent avec un frein important, pour contester par exemple une amende forfaitaire infligée automatiquement pour un excès de vitesse, il faut commencer par payer l'amende ou la consigner.

Plus généralement, on observe un certain nombre de glissements, pas seulement sémantiques, qui viennent ébranler ce que l'on pouvait considérer comme des piliers de la démocratie : ainsi, on ne distingue plus très bien les fonctions traditionnelles de la police républicaine et celles de l'armée qui s'entremêlent dans la notion de « force de sécurité intérieure » et participent à des missions à la fois de « renseignements » ; de surveillance et des fonctions à caractère judiciaire d'une part (établir des procédures pour identifier et faire juger les auteurs d'infractions) et administratives d'autre part (fournir les renseignements, neutraliser l'action d'un ennemi en dehors d'une procédure judiciaire). L'interaction et l'interconnexion des fichiers permet cette évolution et cette confusion.

La consécration de l'état d'urgence comme régime permanent vient encore aggraver ce glissement : moins de contrôle judiciaire et plus de contrôle « administratif ».

- [Encore la loi du marché](#)

Alors que la délinquance est en notable régression, qu'en particulier le nombre d'atteintes aux personnes est en constante baisse et que nous vivons dans une société de plus en plus sûre, le **sentiment d'insécurité** explose, on peut même proposer au législateur de lutter non contre une insécurité objectivée mais contre le sentiment d'insécurité, c'est-à-dire contre quelque chose d'éminemment subjectif.

Mais il n'est **pas question d'augmenter la dépense publique** pour lutter contre ce sentiment d'insécurité, aussi, pour répondre aux besoins de sécurité de nos concitoyens, **le marché**³⁴

32 LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 36 permettant le traitement automatisé de certains délits.

33 Une Mission d'information relative à l'application d'une procédure d'amende forfaitaire au délit d'usage illicite de stupéfiants ; rapporteurs de la mission, MM. Robin REDA et Éric POULLIAT

34 Le marché de la sécurité privée est en pleine expansion : le chiffre d'affaires des sociétés du secteur des enquêtes et de la sécurité (majoritairement composé des services de garde et de patrouille, de transports de fonds et d'agents de sécurité, à l'exclusion des services de la police) a augmenté d'environ 30% de 2010 à 2015, soit une hausse de 4,3% en moyenne par an. Il a atteint 8,3 milliards d'euros en 2015: du jamais vu pour les experts. Le sous-secteur des activités liées aux systèmes de sécurité a à lui seul augmenté de 45% entre début 2010 et début 2016, dont près de 11% pour la seule année 2015. (Source : Aurélie FIERLA, le Figaro 19/10/2016 : Le marché de la sécurité privée confirme son essor)

développe des réponses qui toutes reposent sur une évolution technologique : vidéo surveillance à domicile ou au bureau, solutions de sécurisation biométriques, contrôle sécurisés et automatisés des accès, dispositifs de traçage de l'activité pour chaque poste de travail : la sécurisation est une affaire de professionnels privés, de sociétés de services technologiques qui vont produire des masses de données, réduisant ainsi ce que l'on pourrait dénommer nos « jardins secrets ».

Pour la justice, comme pour la police, ces collectes parfois volontaires de données ouvrent un champ infini de données éventuellement exploitables.

- **La crainte du « big brother is watching you »**

Dans une véritable démocratie, de puissants moyens institutionnels doivent concourir au respect des libertés fondamentales : présomption d'innocence, droit au respect de la vie privée, droit à l'oubli. Ces trois principes, et bien d'autres, peuvent être remis en cause par les nouvelles technologies :

- la **présomption d'innocence**, on l'a vu s'efface lorsque l'on fait un traitement automatisé des infractions : le propriétaire d'un véhicule est présumé coupable de l'infraction constatée sauf pour lui à dénoncer celui auquel il a prêté sa voiture. D'une manière générale, la recherche de la « preuve scientifique », souvent issue de données numérisées vient éluder ce qui fait la part dans le procès pénal de ce qui constitue ce que nous dénommons l'élément intentionnel (ou moral) de l'infraction, ce qui rattache l'individu dans sa complexité, dans son histoire aux faits qui lui sont reprochés.

Au-delà, les dispositifs de « **prédictivité** » font courir le risque de transformer la présomption d'innocence en présomption de culpabilité : par l'échange d'informations numérisées, le fichage systématique, le calcul du risque qu'un individu serait susceptible de faire encourir au corps social s'affine, dans le même temps la demande sécuritaire augmente, attisée par un discours politique qui se radicalise. La tentation est grande d'utiliser l'outil informatique pour éliminer, par avance, les individus considérés comme dangereux potentiellement. Nous avons fait un pas en ce sens en instituant la « rétention de sûreté » peine infinie (en tout cas infiniment renouvelable) applicable *si la personne présente des risques de commettre les infractions* [mentionnées à l'article 706-53-13] d'une certaine gravité³⁵; d'une manière générale, la **prévention** (notamment sociale) de la délinquance passe le pas vers la **prédition** par l'analyse des risques, on efface le principe de la présomption d'innocence pour invoquer le droit à la sécurité : comme le dit Delphine JEZEQUEL³⁶ on passe d'une logique à une autre :

35 Crée par LOI n°2008-174 du 25 février 2008 - art. 1, ayant notamment institué la rétention de sûreté dans les cas suivants : *A titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté* (Article 706-53-13 du code de procédure pénale)

36 Delphine JEZEQUEL *Mieux vaut prédire... que prévenir ?* Morceaux choisis sur le blog du forum ACF VLB

"il s'agit moins de prévenir que d'une pratique qui pousse à la ségrégation, qui sépare quelques-uns d'un tout"

Traiter la dangerosité ou le risque plutôt que de poursuivre et condamner l'acte délinquant, nous fait passer à une société sécuritaire où la sûreté n'est plus de mise (sûreté au sens révolutionnaire signifie protection à l'encontre des institutions despotes). Dans cet esprit sécuritaire que peut favoriser les technologies de l'informatique on va associer toutes les institutions en particulier la psychiatrie, à l'égard de laquelle, selon le pronostic qu'en faisait CASSEL, nous pouvons craindre que le pire surgisse³⁷

- Le *droit au respect de la vie privée* ne peut plus être effectivement respecté dans une société numérisée. Une culture de l'exposition de l'intime, de l'élargissement du cercle des « amis » ou des « suiveurs », d'une communication qui (c'est le cas de le dire) s'affranchit du coût du papier, de l'enveloppe, de l'encre, du timbre et du temps de distribution du courrier pour être aussi instantanée que possible et le plus souvent aussi publique que possible. Nous sommes entrées dans une culture du « je n'ai rien à cacher, je montre tout » que l'outil informatique permet. Dans ce contexte qui peut s'opposer à ce que dans l'espace public fleurissent des caméras qui enregistrent nos images ? Dans ce mécanisme de "datafication", « procédé [...] consistant à transformer en données chiffrées l'ensemble des activités des sujets de la société »³⁸, les activités les plus personnelles deviennent des suites chiffrées

Et sous couvert d'exigence de transparence, de traçabilité, notre monde moderne éloigne encore la délicate frontière entre la vie privée et la vie publique, par exemple votre futur employeur peut vous sélectionner après vous avoir googolisé, voire après avoir confié à quelques sociétés spécialisées le soin de faire les recherches utiles sur les traces informatiques que vous avez laissé. Pour l'instant, la loi limite encore l'enregistrement des données pendant le temps de travail³⁹, les données numériques recueillies par vidéosurveillance, cyber surveillance, applications biométriques, géolocalisation doivent faire l'objet de déclarations à la CNIL.

37 Robert CASSEL « la gestion des risques, de l'anti-psychiatrie à l'après psychanalyse » Éditions de Minuit, collection « le sens commun » dirigée par Pierre Bourdieu - édition du 16 octobre 1981 - pages 144- 145 De la dangerosité au risque : « *L'impuissance de la psychiatrie, même la plus positiviste, à objectiver complètement la dangerosité a été une croix particulièrement lourde à porter, car elle désigne, au cœur de son fonctionnement un coefficient incompressible d'arbitraire. Toute « conduite à tenir » devant un sujet supposé dangereux (même si l'éventualité que l'on craint est une récidive) peut être soupçonnée d'être ou bien trop laxiste, ou bien trop répressive. C'est pourquoi sans doute les psychiatres ont longtemps choisi cette forme paradoxale de prudence qu'est l'interventionnisme. Mieux vaut en effet trop en faire que pas assez, car, si erreur il peut y avoir à neutraliser un individu potentiellement dangereux, la preuve n'en sera jamais faite, et il est toujours permis de penser qu'il aurait pu passer à l'acte, s'il n'en avait été empêché. Au contraire, si l'on n'intervient pas et que le passage à l'acte a lieu, l'erreur de diagnostic devient manifeste et le psychiatre en est responsable.* »

38 Les algorithmes du désir : que fait la raison numérique de nos traces ? Par Jérôme THOMAS La Cause du désir, n°94, 2016, p. 69.

39 L1121-1 du code du travail sur les libertés dans l'entreprise, l'employeur doit par exemple informer les salariés que les conversations téléphoniques sont enregistrées, L 1222-4 du code du travail

On peut seulement souligner que ces dispositifs de surveillance ne sont donc pas interdits et vont radicalement modifier la relation de travail, la révolution numérique est également là, et cette révolution conduit à une régression du droit à la vie privée.

- **Le droit à l'oubli** disparaît à mesure que les capacités de stockage et de conservation des données s'accroissent : on constate ainsi que les règles applicables en matière de prescription des délits et des crimes vont toutes vers un allongement des délais, classiquement ces délais étaient de un an pour les contraventions, trois pour les délits, dix pour les crimes. Désormais, les délais de conservation dans les fichiers de la justice peuvent aller jusqu'à 40 ans. L'existence même de lois d'amnistie ou de dispositif de grâce a été remis en cause depuis 2002 : la dernière loi d'amnistie présidentielle à cette date a été très limitée, il n'y a eu aucune amnistie en 2007, 2012 et 2017.

L'informatique autorise la conservation indéfinie de données personnelles...

La crainte de voir s'installer un pouvoir totalitaire, dans ce contexte, impose aux militants de la démocratie une vigilance constante...

Et dans un contexte de lutte contre le terrorisme, de mise en place d'un arsenal sécuritaire, ce n'est pas gagné si l'on en croit François SUREAU nous nous trouvons dans *un mélange de libéralisme économique et de contrôle policier typique des régimes bonapartistes tardifs*⁴⁰

- **Les digues contre le Tsunami**

Comme HEGEL⁴¹, on peut estimer (espérerà) que l'État est, dans certaines circonstances, ce qui fait obstacle à la barbarie.

Abandonner les données publiques, qui sont notre bien commun au seul marché présente un risque majeur : quel éditeur de données juridiques, par ailleurs financé par la publicité de banques ou d'assurances pourra fournir de manière neutre les décisions judiciaires qui donnent tort aux banques ou aux assurances ?

Certes, est bien entretenue la phobie de l'Etat⁴² (et de la dépense publique) au sens où FOUCAULT évoque cette phobie, mais cette phobie est le « mauvais réflexe »⁴³.

Il faut en conséquence rappeler l'État à son devoir : les sites publics d'éditions juridiques, légifrance, le site de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, celui du Conseil

40 François SUREAU, avocat « nous nourrissons et cajolons la bête immonde » commentant la publication de ses plaidoiries devant le Conseil Constitutionnel *Pour la liberté –répondre au terrorisme sans perdre la raison*, article de Jérôme HOURDEAUX – Médiapart 16 septembre 2017

41 Références, note 2.

42 FOUCAULT « La phobie d'Etat » (extrait du cours du 31 janvier 1979 au Collège de France), Libération, n° 967,30/31 juin 1984, p. 21.

43 Selon l'expression de Bernard-Henri LEVY : <http://www.bernard-henri-levy.com/civilisation-ou-barbarie-38234.html>

Constitutionnel etc, doivent disposer de moyens pour contrebalancer l'influence des sites privés. ***Un service public de l'accès au droit doit être maintenu***, en particulier pour limiter les effets de la barrière numérique, de la fracture numérique ;

Ensuite, il faut concevoir le monde numérique comme ouvrant de nouvelles perspectives à la citoyenneté en développant l'approche sociale, les interactions entre les « communautés d'utilisateurs » et la puissance publique : favoriser une meilleure connaissance de ce qui fonde la décision publique, accepter la discussion ; autrement dit éclairer l'opinion pour établir une opinion éclairée au sens où l'emploi Jacques-Alain MILLER⁴⁴.

L'informatique permet des interactions à la condition que la culture de l'échange avec « enrichissements » traverse aussi l'administration. Or avec une administration exsangue, parfois jalouse de son pouvoir et donc de l'exclusivité de ses compétences, cela pose problème. Le contrepoids citoyen peut être associatif, politique, syndical...⁴⁵.

Des associations contribuent en particulier à une forme de vigilance démocratique⁴⁶

Pour la Justice, cela passe aussi par l'admission de certaines nouvelles règles : celle qui permet par exemple de considérer que **le lanceur d'alerte**, qui peut agir comme simple individu participe à la démocratie en dénonçant des infractions pénales, quand bien même il en commet lui-même (vols de fichiers), de même, **le journaliste doit disposer d'un droit absolu de ne pas révéler ses sources** (qui sont souvent des données numérisées).

Tous les acteurs du Net, souhaitent que les ***dispositifs de contrôle relèvent de l'autorité judiciaire***, par exemple, les demandes de déréférencement (droit à l'oubli) actuellement laissés aux moteurs de recherches tels Google⁴⁷.

Enfin, ces « acteurs du Net » soutiennent des principes nouveaux de « partage », de « gratuité », de création participative de « logiciels libres » qui remettent en cause les règles actuelles concernant la propriété et particulièrement la propriété intellectuelle : ces nouveaux

44 Jacques-Alain MILLER *Lettres à l'opinion éclairée* Le Seuil 2002, 240 pages EAN 9782020533584

45 Des associations militent ainsi pour une véritable interaction entre les collectivités locales et les usagers (c'est le cas à Nantes avec LiberTIC, au niveau national avec « Regard Citoyen » ou avec « la quadrature du Net »)<http://doc.openfing.org/RDPU/GuidePratiqueDonneesPubliquesv1beta.pdf>

46 La quadrature du Net par exemple se veut une association de défense des droits et libertés des citoyens sur Internet qui intervient notamment dans les débats concernant la liberté d'expression, le droit d'auteur, la régulation du secteur des télécommunications ou encore le respect de la vie privée. <https://www.laquadrature.net/fr/propositions>

47 Décision Google Spain de la CJUE, Affaire C-131/12, arrêt de la grande chambre rendu le 13 mai 2014 : la Cour précise que la personne concernée peut adresser de telles demandes directement à l'exploitant du moteur de recherche qui doit alors dûment examiner le bien-fondé de celles-ci. Lorsque le responsable du traitement ne donne pas suite à ces demandes, la personne concernée peut saisir l'autorité de contrôle (en France la CNIL) ou l'autorité judiciaire pour que celles-ci effectuent les vérifications nécessaires et ordonnent à ce responsable des mesures précises en conséquence.

Le requérant sollicitait l'effacement de la référence à une saisie immobilière pratiquée à son encontre pour défaut de paiement de cotisations de sécurité sociale, douze années plus tôt et invoquait le « droit à l'oubli »

idéaux viennent en creux dénoncer les mécanismes d'appropriation par ce que j'ai dénommé le marché. Ils ramènent à la ***question de la régulation de marché, ce qui impose des instruments juridiques internationaux***, c'est-à-dire qui se situent au niveau de ce marché qui est mondialisé.

L'informatique, le numérique fait du monde un petit village où il n'est plus concevable que la règle s'élabore à un niveau microscopique. Le juge de demain devra en conséquence appliquer de plus en plus souvent des règles internationales, c'est déjà largement le cas en France où le droit interne est désormais majoritairement constitué de transpositions du droit communautaire.

Aujourd'hui, le budget d'Amazon en terme de Data Center est évalué à 120 milliards (€) dont 10 susceptibles d'être réalisés en France, à titre de comparaison, le budget de l'union européennes en 2016 était de 150 milliards (€). Le Tsunami numérique est aussi un Tsunami financier : les seules digues qui peuvent en limiter les effets se situent au niveau international et nécessitent une coopération internationale. Cela impose aussi de penser la Justice (mais aussi la fiscalité etc.) à un niveau international.

- **A propos de la langue informatique**

J'ai évoqué les legal tech, l'open law, la legal french tech , les fast-arbitre, le legal design, les blockchains, les machines learning, les open, big et close Data, les contract manager, un monde nouveau du langage où l'on on smile, on like, j'ai ainsi trouvé cette phrase « pour l'optimisation de nos process, le manager de notre start-up a indiqué en feed back du dernier brain-storming en e-learning comment réduire les stocks pour procurer du cash »

Les juristes qui sont des « obsédés textuels » attachent une importance particulière aux mots, au sens des mots. La langue française est du reste réputée comme étant une langue si finement ciselée et précise qu'elle a longtemps été la langue de référence pour les traités internationaux, mêmes conclus entre deux nations non francophones : le texte français par son implacable sens du sens prévalait lorsqu'une question d'interprétation se posait. Ainsi, notre vocabulaire juridique distingue les notions de résiliation, de résolution ou d'annulation d'un contrat ; ou encore nous pouvons dire qu'une ligne séparative n'est pas nécessairement une limite divisorie et même qu'une donation est précipitaire, en avance d'hoirie...

Mais les ordinateurs n'aiment pas la profusion textuelle : ils préfèrent les mots clés afin d'effectuer un référencement normé il est nécessaire de limiter le nombre d'occurrences⁴⁸. En outre, les informaticiens utilisent désormais une langue commune, l'anglais, de sorte que sont privilégiés les anglicismes ainsi que j'en ai cité.

48 La modélisation impose une représentation « parcimonieuse », c'est-à-dire limitée à petit nombre de variables explicatives parmi celles disponibles, la stratégie informatique consiste à sélectionner de façon automatique, à partir des données, les variables réellement pertinentes. Source : Valentin PATILEA, responsable du site rennais du Centre de Recherche en Economie et Statistique (CREST). *Statistique et informatique : l'indispensable coopération* , sur le site Louis BACHELIER, économies des nouvelles données. <http://www.louisbachelier.org/big-data/>

Or, la bonne pratique de l'anglais suppose que dès le plus jeune âge, l'écolier se trouve dans un « bain de langage » anglais, l'idéal étant soit de disposer d'une nurse anglaise, soit d'avoir des parents anglophones, soit de faire des séjours nombreux en Angleterre ou dans un pays de langue anglaise : la domination par une langue étrangère devient ainsi un formidable moyen de ségrégation sociale. A moins de renforcer les moyens donnés à l'éducation nationale (dépense publique) l'anglais vient discriminer les nouvelles classes sociales.

La charte du G8 citée plus haut, lance une injonction pour que *l'information contenue dans les données soit rédigée en langage simple et clair, de manière à être comprise par tous*⁴⁹.

Le résultat est une novlangue, selon la définition que l'on peut tirer du roman de science-fiction d'Orwell 1984 : limiter le nombre de mots d'une langue, c'est restreindre les limites de la pensée, c'est réduire la subtilité et à terme l'intelligence⁵⁰.

EN GUISE DE CONCLUSION

La « révolution libérale » est *en marche*, à côté de cette « révolution numérique ».

Le conseil des ministres ressemblerait désormais à un conseil d'administration de la société France, où chacun des ministres reçoit sa feuille de route jalonnée d'objectifs et de performances, doublée « d'éléments de langage ». Nos élus ne font plus de politique, ils sont pragmatiques et modernes, tendus vers l'efficacité et le résultat, se gomment ainsi les frontières entre « gauche » et « droite ».

Dans les services publics, la notion d'usager s'efface pour celle de client. L'outil informatique permet d'assurer un contrôle de performance et de rationalité budgétaire de telle sorte que l'objectif économique devient déterminant et prépondérant tandis que se gomment les notions d'égalité et de gratuité devant le service public.

49 réunion du G8 de Lough-Erne en 2013

50 Dans 1984, chapitre 5, un fonctionnaire explique ce qu'est la novlangue : « *Ne voyez-vous pas que le véritable but du novlangue est de restreindre les limites de la pensée ? À la fin, nous rendrons littéralement impossible le crime par la pensée car il n'y aura plus de mots pour l'exprimer. Tous les concepts nécessaires seront exprimés chacun exactement par un seul mot dont le sens sera délimité. Toutes les significations subsidiaires seront supprimées et oubliées [...]. Le processus continuera encore longtemps après que vous et moi nous serons morts. Chaque année, de moins en moins de mots, et le champ de la conscience de plus en plus restreint. Il n'y a plus, dès maintenant, c'est certain, d'excuse ou de raison au crime par la pensée. C'est simplement une question de discipline personnelle, de maîtrise de soi-même. Mais même cette discipline sera inutile en fin de compte. La Révolution sera complète quand le langage sera parfait. [...] Vers 2050, plus tôt probablement, toute connaissance de l'ancienne langue aura disparu. Toute la littérature du passé aura été détruite. Chaucer, Shakespeare, Milton, Byron n'existeront plus qu'en versions novlangue. Ils ne seront pas changés simplement en quelque chose de différent, ils seront changés en quelque chose qui sera le contraire de ce qu'ils étaient jusque-là. Même la littérature du Parti changera. Même les slogans changeront. Comment pourrait-il y avoir une devise comme « La liberté c'est l'esclavage » alors que le concept même de la liberté aura été aboli ? [...] En fait, il n'y aura pas de pensée telle que nous la comprenons maintenant. Orthodoxie signifie non-pensant, qui n'a pas besoin de pensée, l'orthodoxie, c'est l'inconscience. »*

L'informatique permet de réaliser une véritable externalisation du service public : on le voit pour la Justice qui est pourtant une fonction régaliennes, l'objectif décrit par le Directeur des Affaires Civiles et du Sceaux est « autant de justice plus d'avocats et moins de juges », c'est vrai également pour la police : la sécurité est largement privatisée et se dote de moyens informatiques considérables pour assurer une surveillance constante des citoyens.

Pourtant, dans l'entreprise, on a jamais autant parlé de « gouvernance ». Au-delà des simples résultats économiques, les acteurs se posent la question du bilan social ou environnemental de l'entreprise...

Aujourd'hui, plus que jamais, il nous faut renforcer la citoyenneté, défendre les services publics et refuser cette dépolitisation, ce « politiquement correct » qui s'exprime dans l'injonction de ne plus faire de politique : *L'apolitisme conduit, naturellement, à une sympathie vis-à-vis de la politique conservatrice. Le jour de l'élection, si l'apolitique ne s'abstient pas, il vote de préférence pour le candidat qui fait le moins peur, par conséquent pour le défenseur du régime tel qu'il est.*⁵¹

Il n'est pas certain que le message de Résistance et la seule évocation des grands principes du Conseil National de la Résistance soient suffisants : du reste, résister, n'est-ce pas un peu admettre que la bête a vaincu ?

Plutôt que (seulement) Résister, il faut affronter et surtout proposer un autre modèle. Pour la Justice (mais aussi pour l'Université ou encore pour la vie politique en général) il est par exemple temps de faire usage de l'outil informatique avec ses potentialités d'interaction, de contributivité, ses logiciels libres, ses savoirs.

Plutôt que demander du « pouvoir d'achat » ne faut-il pas revendiquer du « savoir d'achat » ?

Opposer nos savoirs à leurs avoirs (comme le chantait SOUCHON), l'otium à son contraire le neg-otium, ce qui est hors marché (la culture, la connaissance) au marché – bref lutter contre la Bêtise par le Savoir. Et contre l'attention deficit disorder traité par les consuméristes à la recherche de cerveaux disponibles par la consommation de médicaments ... proposons une culture participative.

Il faut passer de la résistance à l'invention, c'est-à-dire à la critique : passons du pragmatisme conservateur à l'idéalisation, c'est-à-dire capable de projeter un nouvel état de droit. Contre le programme TINA (There Is No Alternative) de la Pensée Unique passons, comme le propose STIEGLER à des propositions alternatives.⁵²

Et, pour transposer dire qu'une autre Justice est possible, que la Justice n'est pas un marché (ce qui n'exclut pas une autre rentabilité plus lointaine : celle de la recherche d'un apaisement des conflits, d'un droit du faible contre le fort...).

51 Alfred Sauvy - 1890-1990 - Mythologie de notre temps - 1971

52 Bernard STIEGLER, ÉTATS DE CHOC Bêtise et savoir au XXIème siècle- Essai - édition Mille et une nuits – 2012
355p 18,30 €

Étendons le cercle de la pensée critique !

Olivier JOULIN

Magistrat, membre du syndicat de la magistrature, ancien maître de conférences à l'Ecole Nationale de la Magistrature, chargé d'enseignement à l'Université de Droit de Bordeaux et à l'institut d'études politiques de Bordeaux, actuellement Président du tribunal de grande instance de Rennes, juridiction interrégionale spécialisée en matière de propriété intellectuelle.

Le texte ci-dessus a été élaboré dans un premier temps pour répondre à une demande de l'Association de la Cause Freudième – École de la Cause Freudième, dans le cadre d'un colloque organisé à Nantes le 1^{er} octobre 2017 sur le thème : la psychanalyse à l'heure du numérique.

