

## La justice prédictive, le regard du magistrat administratif

François BOURRACHOT

Président de Chambre à la Cour administrative d'appel de Lyon

Professeur associé à l'Université Jean Monnet-Saint-Etienne

### Introduction

Ecrire sur une notion dont la définition ne fait pas consensus n'est pas facile mais nous allons nous y risquer. Techniquement, la « justice prédictive » est un outil informatique, reposant sur une base de données jurisprudentielles, qui, à l'aide d'algorithmes de tri et (pour les plus perfectionnés) de « réseaux neuronaux », va permettre d'anticiper quelles seront les statistiques de succès de tel ou tel argument juridique <sup>1</sup>.

On entend par « justice prédictive » l'analyse de grandes masses de décisions de justice par des technologies d'intelligence artificielle afin de construire, pour certains types de contentieux spécialisés, des prévisions sur l'issue des litiges, montant des indemnités de licenciement ou de la pension alimentaire par exemple <sup>2</sup>.

Juridiquement, « Le concept de justice prédictive est non seulement vide de sens, mais, de plus, dangereux » <sup>3</sup>. L'utilisation d'outils informatiques, voire de « systèmes experts » est une préoccupation ancienne du juge administratif. Une première expérience en ce sens est celle du logiciel « Gerfaut » pour le traitement du contentieux des reconduites à la frontière à la fin des années 1980. Ce logiciel avait pour fondement légal un arrêté du vice-président du Conseil d'Etat du 2 février 1990 <sup>4</sup>.

Le logiciel était renseigné par le rapporteur du dossier qui, répondant à des questions qui lui étaient posées sur la situation de l'étranger selon un algorithme construit sur les différents cas de reconduite à la frontière, se voyait proposé, sous traitement de texte, un projet de décision.

Il est vrai que le syllogisme juridique peut se prêter à l'algorithme. Mais ce fut un échec car les promoteurs du logiciel n'avaient prévu ni l'existence d'un pouvoir d'appréciation et de régularisation du préfet <sup>5</sup>, ni l'arrêt « Nicolo » <sup>6</sup>, lequel a rendu opérante l'invocation de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales contre une reconduite à la frontière <sup>7</sup>. La notion d'erreur manifeste est déjà compliquée à « coder ». Pour le contrôle de proportionnalité c'est pire.

Mais ce fut un échec fécond car s'est installée l'idée que l'algorithme pouvait constituer une des réponses du juge administratif aux contentieux de masse.

<sup>1</sup> R. Boucq, avocat au barreau de Lille, « La justice prédictive en question », *Dalloz actualité*, 2 novembre 2017.

<sup>2</sup> Conseil de l'Europe – Commission européenne pour l'efficacité de la justice – lettre d'information n° 16 – Août 2018.

<sup>3</sup> J. Lévy-Vehel, Directeur de recherches, INRIA, président de Case Law Analytics.

<sup>4</sup> CE, 18 novembre 1992, Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme et autres, n° 115367 ; 115397 ; 115881 ; 115884 ; 115886.

<sup>5</sup> CE Assemblée 29 juin 1990, Préfet du Doubs, n° 115687.

<sup>6</sup> CE Assemblée 20 octobre 1989, n° 108243, au GAJA.

<sup>7</sup> CE, Assemblée, 19 avril 1991, Mme Babas, n° 117680.

Cette tentative est restée sans suite pour l'instant, à notre connaissance ; mais cette préoccupation retrouve toute son actualité.

« Après l'essor d'internet et de la dématérialisation, l'open data des décisions de justice, couplé au développement des algorithmes et de l'intelligence artificielle, soumettent en effet le juge à un défi nouveau : celui de la justice prédictive, qui doit s'inscrire au cœur de notre réflexion prospective, de nos projets et de notre vigilance »<sup>8</sup>.

Il faut que « les juridictions administratives aient une vraie stratégie en matière d'open data »<sup>9</sup>.

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation font partie des quinze administrations retenues par l'État dans le cadre du deuxième appel à projet autour de l'intelligence artificielle.

La justice prédictive est source de bénéfices mais aussi de risques pour la justice administrative (I), elle doit être encadrée (II).

## **I. La justice prédictive est source de bénéfices mais aussi de risques pour la justice administrative**

### *A. Les bénéfices*

#### **1. Les bénéfices pour la qualité de la justice**

Constituerait de tels bénéfices, une amélioration de la sécurité juridique par une meilleure connaissance des pratiques juridictionnelles pour les « parties » mais aussi pour le juge, une ouverture plus grande dans l'accès au droit et égalité devant la justice et une jurisprudence stable, harmonisée et convergente.

Au-delà de l'unité du dossier et de l'unité de l'instance, l'open data et les algorithmes ont quelque chose à nous dire sur des pratiques collectives administratives et juridictionnelles. Certaines réalités juridiques ne peuvent être appréhendées que par l'analyse de données.

Dans le domaine de la procédure administrative, nous pouvons prendre l'exemple de la portée du principe selon lequel « silence vaut accord » posée par les dispositions du I de l'article 21 de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens applicable à compter du 12 novembre 2014 codifié à l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Cette loi a été suivie par plus d'une centaine de décrets écartant le principe. Pris

---

<sup>88</sup> Intervention de Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, à l'occasion du colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le 12 février 2018.

<sup>9</sup> Intervention de M. Bruno Lasserre, Vice-président du Conseil d'Etat, à la 9ème édition des états généraux du droit administratif : Le juge administratif face aux nouveaux enjeux du numérique le 19 juin 2019.

isolément, chacun de ces décrets est justifié. En est-il de même pour l'ensemble formé par ces décrets qui minore fortement la portée du principe ? En est-il de même à la mesure du nombre de décisions rendues ?

Nous pouvons également prendre l'exemple des frais non compris dans les contentieux de masse. Prise isolément, chacune des décisions juridictionnelles est justifiée par « les circonstances de l'espèce » mais cette formule rédactionnelle ne dit rien de ces circonstances que seule l'analyse de données pourrait révéler. Ne pas décider le remboursement des frais d'instance exposés par un automobiliste qui gagne son procès contre le ministre de l'intérieur n'est assurément pas une erreur de droit. C'est moins certain pour le comportement consistant à ne jamais décider ce remboursement. Mais le « jamais » ne peut être révélé que par une analyse d'un nombre significatif de décisions.

Nous terminerons par l'exemple de l'urgence dans les référés « affaires ». Pendant longtemps l'appréciation de la condition d'urgence requise par le juge administratif en matière économique et financière était-elle que l'urgence n'était retenue que si « la ruine est au rendez-vous », pour reprendre l'expression de Laurent Touvet dans ses conclusions sur CE, Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres (p. 29). Laurent Touvet poursuivait par « Il faut vous séparer de cette attitude sévère qui ne correspond plus à la lettre de la loi ». A-t-il été entendu et comment le mesurer ?

Le service public de l'accès au droit / Légifrance est surtout un accès à un droit brut et une ouverture plus grande pourrait résulter d'une évaluation des chances de succès d'une action contentieuse par la maîtrise de l'aléa, d'un repérage des disparités géographiques de traitement du contentieux (Délai de jugement – Solutions).

Pourrait alors en résulter un choix éclairé de recourir à un des modes non juridictionnels de règlement des différends prévus par le code des relations entre le public et l'administration <sup>10</sup>.

L'analyse de données et l'intelligence artificielle pourrait également permettre au plus grand nombre de déterminer des moyens opérants et pertinents en cas d'action contentieuse.

La juridiction administrative est déjà marquée par une forte unité de la jurisprudence et dotée de mécanismes extra-juridictionnels classiques assurant ces objectifs <sup>11</sup>.

Elle n'est pas pour autant opposée à l'open data et aux algorithmes car très attachée à l'égalité de traitement des justiciables et à la bonne administration de la justice.

---

<sup>10</sup> CRPA Livre IV – Titre II.

<sup>11</sup> Troïka au Conseil d'Etat et en Cour administrative d'appel ; Traitement des séries par Juradinfo ; Visites de la section du contentieux en juridiction ; Centre de formation de la juridiction administrative ; Bases de données enrichies ; Culture du précédent.

## 2. Les bénéfices pour l'efficacité de la justice

La justice prédictive pourrait permettre une maîtrise des flux et des coûts contentieux par un développement des modes alternatifs de règlement des conflits tels la conciliation et médiation dans un cadre juridictionnel<sup>12</sup> ou non juridictionnel<sup>13</sup>, la transaction<sup>14</sup> ou encore la saisine du défenseur des droits<sup>15</sup>.

Elle pourrait également constituer une aide à la décision pour le traitement de certains contentieux, tels les contentieux de masse ayant un effet d'éviction des autres dossiers (Etrangers - Fonction publique - Contentieux sociaux, le traitement des séries de dossiers (Une question de droit avec des variables de fait, l'application de barèmes (ce qui suppose une évolution du droit parfois contestée), une meilleure réparation des dommages corporels et des préjudices économiques (contrats publics - interventions de la puissance publique dans les affaires).

Une aide à une meilleure administration de la justice par un rapprochement plus systématique et plus pertinent des requêtes enregistrées soit à l'intérieur d'une même juridiction, soit dans plusieurs juridictions même lorsqu'elles ne constituent pas une série. Dans le contentieux fiscal, il n'est pas rare de voir les demandes d'une société et de ses associés traitées par différentes formations de jugement ou différentes juridictions alors qu'elles sont la conséquence d'une même rectification.

Le gain de temps résultant de tels procédés pourrait être reporté sur les questions nouvelles ou complexes.

### B. Les risques

Les principaux risques tiennent à l'incompétence négative du juge, à l'incompétence négative du juge, à un droit devenant parcellisé du fait de la spécialisation et figé à une prédiction autoréalisatrice, un accès restreint au juge et au procès équitable, et à la protection des données et des secrets et au profilage.

#### 1. Un risque d'incompétence négative du juge, de prédiction autoréalisatrice, et de restriction de l'accès au juge

Pour un juge abandonner sa compétence ou en méconnaître l'étendue peut résulter d'un conformisme par ralliement à l'opinion dominante exprimée par les autres juges<sup>16</sup> du non-respect de la règle de l'examen particulier de chaque dossier<sup>17</sup>, de la dénaturation du dossier pour le faire rentrer dans les prévisions de

---

<sup>12</sup> Articles L. 213-1 et suivants du code de justice administrative – CJA.

<sup>13</sup> Articles L. 421-1 et L. 421-2 du CRPA.

<sup>14</sup> Article L. 423-1 et suivants du CRPA.

<sup>15</sup> Article L. 424-1 du CRPA.

<sup>16</sup> Voir par exemple pour la jurisprudence des cours administratives d'appel sur la défiscalisation des heures supplémentaires des praticiens hospitaliers CE 2 février 2015, Ministre c/ M. et Mme Béal, n° 373259.

<sup>17</sup> Risque existant déjà dans le traitement des séries.

l'algorithme<sup>18</sup>, d'un moindre usage des pouvoirs d'instruction<sup>19</sup> et d'une motivation appauvrie sur les parties externalisées du raisonnement.

Le développement des prédictions autoréalisatrices pourrait résulter de l'exclusion du « Minority Report »<sup>20</sup>, de la propagation virale des erreurs de droit et de l'éviction des moyens nouveaux<sup>21</sup>.

Une restriction du droit au recours et à un procès équitable pourrait résulter d'un effet dissuasif des algorithmes et d'une réorientation des « parties » vers les modes alternatifs de règlement des litiges.

## 2. Un risque pour la protection des données et des secrets et le danger du profilage

Le développement de « l'open data » et du « big data » porte en lui un risque de profilage des personnes et des entreprises et permet un accès aux données des décisions juridictionnelles. Ce risque n'est pas complètement éliminé par une anonymisation incomplète et couteuse qui n'évite pas la réidentification.

L'exemple peut être donné de la protection du secret statistique par une loi n°51-711 du 7 juin 1951 qui exige plus que la suppression des identifiants<sup>22</sup>.

Le profilage des professionnels de justice, notamment des juges, est-il un risque ou un danger ?  
Oui, si c'est mal fait<sup>23</sup>.

Non, si c'est bien fait et préférable à un article du Canard enchaîné sur la partialité d'un magistrat<sup>24</sup>.

## II. L'encadrement de la justice prédictive

Cet encadrement résulte de principes, de règles et de recommandations.

### A. Les principes

Les principes régissant la justice prédictive sont encore en devenir et ceux régissant les algorithmes administratifs ne sont pas transposés à la décision juridictionnelle.

<sup>18</sup> Risque existant déjà avec la culture du précédent.

<sup>19</sup> Par exemple pour l'étendue d'un préjudice.

<sup>20</sup> Décisions atypiques ou minoritaires.

<sup>21</sup> Règlement des conflits entre ordres juridiques, des conflits de normes et des conflits d'objectifs – transposition d'un mode de raisonnement développé par une branche du droit à une autre branche du droit – impasse sur les questions d'interprétation au profit des questions d'application.

<sup>22</sup> Dans une étude statistique il ne faut pas rencontrer moins de cinq individus par case pour les entreprises – suppression de variables trop discriminantes pour les personnes.

<sup>23</sup> Voir par exemple l'étude sur le contentieux des étrangers de « Village Justice.com » avec des formations collégiales identifiées par leur président qui, il faut le rappeler, n'a pas voix prépondérante.

<sup>24</sup> Voir CE 14 juin 2019, Keskin, n° 427510 – CAA Lyon, 11 juillet 2019, Hamza, n° 18LY02313.

## 1. Des principes en devenir

La justice prédictive devait être encadrée par des principes directeurs <sup>25</sup>.

Premier principe : Prohibition du juge-robot ou du robot-juge <sup>26</sup>.

D'où il découle que la justice prédictive ne peut qu'être un outil d'aide à la décision.

Deuxième principe : Indépendance du juge et liberté d'appréciation.

D'où il découle qu'il ne peut être fait pour seul grief à un juge de s'être éloigné des prédictions.

Troisième principe : Neutralité et transparence des algorithmes.

D'où il découle qu'un algorithme ne peut bénéficier d'aucune présomption de neutralité et d'autorité et que son utilisation doit être soumise à la contradiction.

Quatrième principe : Hiérarchisation de la jurisprudence.

D'où il découle que la quantité de décisions ne saurait l'emporter sur la qualité d'un raisonnement.

A l'instar des Lois de la robotique d'Isaac Asimov et John W. Campbell <sup>27</sup>, ces principes devraient être complétés par un « principe zéro » : Le respect des quatre principes précédents par une « intelligence artificielle » ne peut être apprécié que par une intelligence humaine.

## 2. Vers une transposition de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les algorithmes des décisions administratives ?

En l'absence pour l'heure, de prohibition générale explicite des décisions juridictionnelles seulement fondées sur un algorithme, il y aurait lieu de s'interroger sur la transposition de la décision du Conseil constitutionnel relative aux décisions administratives fondées sur un algorithme <sup>28</sup> :

Le seul recours à un algorithme pour fonder une décision administrative individuelle est subordonné au respect de trois conditions (transposables à la décision juridictionnelle ?) :

- Lorsque les principes de fonctionnement d'un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif de cet algorithme.

- Le recours exclusif à un algorithme est exclu si ce traitement porte sur l'une des données sensibles mentionnées au paragraphe I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, c'est-à-dire des données à caractère personnel « qui révèlent la prétendue origine raciale ou l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale d'une personne physique », des données génétiques, des données biométriques, des données de santé ou des données relatives à la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique.

<sup>25</sup> Intervention de Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, à l'occasion du colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation le 12 février 2018.

<sup>26</sup> Décision juridictionnelle seulement fondée sur un algorithme.

<sup>27</sup> Runaround, 1942 pour les trois premières Lois - Foundation and Earth, 1986 et Prelude to Foundation, 1988 pour la « Loi zéro ».

<sup>28</sup> Cons. const. 12 juin 2018, n° 2018-765 DC ; Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

- Ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement.

## B. Les règles

### 1. La loi « informatique et liberté »

L'article 10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que : « Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité. / Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité (...) ».

Il faut relever qu'il n'y a pas là de prohibition générale mais seulement une interdiction relative aux décisions de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne.

En outre, le juge est venu préciser que si la loi du 6 janvier 1978 fait obstacle à ce qu'une décision de justice soit fondée uniquement sur le traitement automatisé d'information, le juge peut recourir à ces éléments, parmi d'autres éléments d'appréciation, pour éclairer sa réflexion <sup>29</sup>.

### 2. Les règles du code de justice administrative

Le décalogue du CJA comporte désormais 11 articles depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

L'article L. 10 du CJA prévoit une mise à disposition des décisions juridictionnelle mais avec une anonymisation des personnes physiques et une interdiction du profilage des magistrats et greffiers : « Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du Code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

Cet article comporte un renvoi aux dispositions des articles L. 3121-1 à L. 321-6 du CRPA régissant la réutilisation des informations publiques <sup>30</sup>.

<sup>29</sup> CE, 4 février 2004, Caisse primaire d'assurance maladie de la Gironde, n° 240023.

<sup>30</sup> Droit de réutilisation érigé en principe et conditions d'utilisation.

Article L. 10-1 du CJA prévoit un droit à la copie sous réserve des demandes abusives mais avec occultation de certains éléments portant atteintes à la vie privée et à la sécurité des personnes physiques tiers ou parties.

A la différence du CRPA<sup>31</sup>, notre CJA ne comporte aucune disposition sur les algorithmes pouvant servir de base ou être utilisé pour des décisions juridictionnelles, leur mention dans la décision, la communication de leurs caractéristiques et la publication des règles les définissant.

En attendant le droit à venir, les recommandations du GIP « Mission de Recherche Droit et Justice » sont l'instauration d'un organe de certification, de contrôle et de suivi des MAAD (Modes Algorithmiques d'Analyse des Décisions), l'intégration des MAAD au sein du débat judiciaire, l'encadrement éthique des activités des concepteurs des MAAD et l'orientation procédurale des affaires à l'aide des MAAD<sup>32</sup>. Ces recommandations sont évidemment dépourvues de caractère contraignant faute d'avoir été reprises par un texte ou, à tout le moins, un acte de droit souple.

Mais, même avec un tel encadrement, il n'est pas déraisonnable de se demander si la justice prédictive n'est pas à la Justice, ce que le sondage est à l'Élection.

---

<sup>31</sup> Articles L. 311-3-1, R. 311-3-1-1 et 2, article L. 312-1-3.

<sup>32</sup> Comment le numérique transforme le droit et la justice vers de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision – Anticiper les évolutions pour les accompagner - Rapport 16-42 - juillet 2019.