

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Justice robotisée et droits fondamentaux

Gerard, Loïck; Mougenot, Dominique

Published in:

Le juge et l'algorithme

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gerard, L & Mougenot, D 2019, Justice robotisée et droits fondamentaux. dans *Le juge et l'algorithme: juges augmentés ou justice diminuée ?*. Collection du CRIDS, numéro 46, Larcier , Bruxelles, pp. 13-54.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 1

Justice robotisée et droits fondamentaux

Loïck GÉRARD

Assistant à l'UNamur et chercheur au CRIDS

et

Dominique MOUGENOT

Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut

Maître de conférences invité à l'UNamur et à l'UCLouvain

Introduction

1. Contexte. Une intelligence artificielle peut-elle remplacer un juge ? Si cette question pouvait encore sembler farfelue il y a de cela quelques années, elle semble désormais pertinente. En effet, les avancées réalisées dans le domaine de l'intelligence artificielle touchent également le domaine judiciaire et celles que l'on nomme *legaltech* – comprenez, largement, « entreprises proposant des technologies juridiques » – s'attellent à faire bénéficier des progrès technologiques aux acteurs de la justice.

Personnage central de la machine judiciaire, le juge n'est pas épargné par ces développements. À ce titre, les expériences tendant à utiliser l'intelligence artificielle comme outil d'aide à la prise de décision se multiplient. Citons par exemple le test récemment mené par deux cours d'appel françaises qui – pendant plusieurs mois – ont utilisé l'outil Predictice qui permet de prévoir le résultat d'une affaire donnée au moyen d'un algorithme parcourant l'ensemble de la jurisprudence pertinente¹. Dans le

¹ T. COUSTET, « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », disponible sur www.dalloz-actualite.fr, 16 octobre 2017.

cadre de cette expérimentation, l'intelligence artificielle restait cantonnée à un rôle d'assistance du magistrat en fournissant une « estimation » de la décision qui devrait être la sienne. Qu'il s'inspire ou non de la solution proposée par l'intelligence artificielle, c'était à un juge humain que revenait la responsabilité finale d'adopter la décision de justice.

Si cet exemple laisse entrevoir une application actuelle de l'intelligence artificielle à la fonction de juger, la présente contribution entend étudier le cas de figure dans lequel la justice ne serait plus rendue par des femmes et des hommes mais par un « juge numérique » capable de prendre ses décisions sans intervention humaine. Si l'application de cette forme radicale de justice algorithmique relève encore de l'anticipation, elle est toutefois celle qui – par l'absence totale de recours à l'homme – soulève le plus de questions et permet les analyses les plus intéressantes.

2. Interrogation. Une question à élucider sera de déterminer si le « juge numérique » est un vrai juge. S'il ne l'est pas, les exigences du procès équitable ne seront pas applicables à ce mécanisme.

Le juge numérique n'est-il qu'une machine ou constitue-t-il un « tribunal », au sens de la Convention européenne des droits de l'homme ?

La notion de tribunal, dans le système de la Convention, est une notion autonome, indépendante de l'acception qu'elle reçoit dans les différents droits des États membres du conseil de l'Europe². Un « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit, avec plénitude de juridiction et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence³. Il faut en outre que le tribunal soit établi par la loi. Il n'est pas requis qu'il s'agisse d'une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays⁴.

La plénitude de juridiction suppose un examen tant en droit qu'en fait et l'attribution à la juridiction d'un vrai pouvoir de trancher le litige dans toutes ses composantes⁵. Sur ce point, il n'y a pas de difficulté à recon-

² J. VELU, « La notion de "tribunal" et les notions avoisinantes dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer, 1983, pp. 1287 et s. ; F. MATSCHER, « La notion de "tribunal" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 29 et s.

³ *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, § 36 ; *Chypre c. Turquie* [GC], 10 mai 2001, § 233.

⁴ *Rolf Gustafson c. Suède*, 1^{er} juillet 1997, § 45 ; *Olujic' c. Croatie*, 5 février 2009, § 37 ; *Savino et autres c. Italie*, 28 avril 2009, § 73.

⁵ *Capital Bank AD c. Bulgarie*, 24 novembre 2005, § 98 ; *Ravon et autres c. France*, 21 février 2008, § 27 ; *Paroisse gréco-catholique Sambata Bihor c. Roumanie*, 12 janvier 2010, § 72.

naître ces attributs à un système informatique, même si la manière dont il aboutira à une décision risque d'être surprenante pour un observateur habitué du système judiciaire actuel. La compétence de ne donner que des avis consultatifs juridiquement non contraignants n'est pas suffisante, et ce, même si ces avis prévalent dans la grande majorité des cas⁶. Il faudrait donc que la décision de la machine revête un caractère obligatoire pour les parties⁷.

L'institution du juge numérique par la loi n'est pas non plus un empêchement. On peut parfaitement concevoir que le législateur instaure des systèmes de décision automatisés pour certains types de contentieux, même si la généralisation de ce type d'instrument relève plutôt du droit-fiction, en tout cas à l'heure où ces lignes sont écrites. Il y aurait alors une compétence attribuée par la loi. Comme nous le verrons, c'est même la seule hypothèse dans laquelle un système de justice robotisée pourrait être imposé⁸.

La procédure « organisée » est une procédure qui doit répondre aux garanties institutionnelles (indépendance et impartialité) et procédurales (publicité, célérité et équité) du procès équitable⁹. À ce stade, le raisonnement devient circulaire : si la juridiction numérique est un tribunal, elle est assujettie aux exigences de l'article 6 mais elle ne sera un tribunal que si elle répond aux exigences de l'article 6. Il n'est donc possible de répondre à la question de savoir si le juge numérique est un « tribunal » qu'en poursuivant notre examen. Mais si nous répondons positivement à cette question, nous saurons aussi que ce type particulier d'organe de décision répond, par principe, aux exigences du droit au procès équitable.

3. Plan. Afin de répondre à cette question, nous confrontons la justice numérique aux garanties les plus fondamentales reconnues aux justiciables par la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que, le cas échéant, par la Constitution.

Ainsi, notre analyse porte sur la capacité du juge numérique à prononcer une décision qui respecte tant les diverses facettes du droit à un procès équitable (motivation, indépendance et impartialité, publicité de la procédure, égalité des armes et accessibilité de la justice) que la vie privée des justiciables concernés.

⁶ *Bentham c. Pays-Bas*, 23 octobre 1985, § 40.

⁷ *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, § 45 ; *Brumărescu c. Roumanie* [GC], 28 octobre 1999, § 61.

⁸ Voy. *infra*, n° 52.

⁹ S. GUINCHARD, F. FERRAND *et al.*, *Droit processuel*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 555.

CHAPITRE 1. Motivation des décisions de justice

SECTION 1. – Le devoir de motivation

4. Droit fondamental. « Tout jugement est motivé » telle est l'exigence explicitement imposée par l'article 149 de la Constitution¹⁰. Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, bien que l'exigence ne ressorte pas directement du texte de l'article 6, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur son existence implicite¹¹.

Si la motivation des décisions de justice est avant tout considérée comme une exigence formelle¹², il n'en demeure pas moins que celle-ci est, lorsqu'elle est correctement rédigée, source de garanties pour le justiciable.

5. Arbitraire et transparence. En premier lieu, la motivation de la décision judiciaire constitue une « garantie essentielle pour les parties contre l'arbitraire du juge »¹³. En effet, il apparaît bien plus complexe pour un juge de prononcer une décision illégale ou partisane en sachant qu'il devra y indiquer son raisonnement, c'est-à-dire les raisons de fait et de droit, qui la sous-tendent, ainsi qu'une réponse aux arguments soulevés par les parties¹⁴.

En outre, la présence de la motivation au sein même du jugement ou de l'arrêt rendu permet de prolonger et d'étendre la transparence¹⁵ donnée à l'administration de la justice par les principes de publicité des

¹⁰ Et prolongée par l'article 780 du Code judiciaire.

¹¹ Voy. entre autres *H. c. Belgique*, 30 novembre 1987, § 53 et *Ruiz Torija c. Espagne*, 9 décembre 1994, § 29.

¹² P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 256 ainsi que les nombreuses références citées.

¹³ R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. précédant Cass., 9 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 160.

¹⁴ G. DE LEVAL, « Le jugement », *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile* (G. DE LEVAL dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, n° 7.15, p. 639 ; D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not. (f. mob.)*, t. XIII, I. O, Bruxelles, Larcier, 15 octobre 2008, p. 232 ; P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, op. cit., pp. 263-269.

¹⁵ Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *La plume, le Pélikan et le nuage : Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires*, disponible sur https://justice.belgium.be/fr/ordre_judiciaire/surveillance_et_conseil/commission_de_modernisation_de_l_ordre_judiciaire/informations/publications, 30 juin 2014, p. 7 ; J.-P. BUYLE et A. VAN DEN BRANDEN, « La robotisation de la justice », *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 279.

audiences et du prononcé en rendant le raisonnement du juge accessible à un plus grand nombre de personnes que celles présentes physiquement à l'audience¹⁶.

6. Compréhension. La motivation de la décision judiciaire doit également permettre à ses destinataires de comprendre pourquoi leur sort a été tranché d'une manière déterminée par le juge, ou, pour l'écrire autrement, leur permettre de « percevoir pourquoi la décision est ce qu'elle est »¹⁷.

Étant destinée à premier titre au justiciable, la motivation doit être rédigée dans des termes facilement compréhensibles qui lui permettent de réellement appréhender la décision et ses conséquences pratiques¹⁸. C'est ainsi que, pour assurer la bonne compréhension de leurs décisions, les juges ont la lourde tâche de rédiger leurs jugements – et *a fortiori* leurs motifs – dans un langage clair, lisible et concis¹⁹. Lourde tâche car cette exigence est quelquefois difficilement conciliable avec l'utilisation de termes juridiques précis mais nécessaires à la bonne exécution du jugement²⁰.

Notons également que la Cour de cassation considère que le devoir de motivation n'est pas correctement accompli lorsque la rédaction des motifs est si confuse qu'elle rend la motivation du jugement incompréhensible pour les parties et empêche le contrôle de la décision du juge du fond par la Cour²¹.

7. Opportunité du recours. Enfin, une motivation correctement rédigée doit permettre aux parties au litige d'apprécier l'opportunité d'intenter un recours contre la décision rendue. Cette garantie va de pair avec celle de la bonne compréhension de la décision par les parties.

¹⁶ D. DE BRUYN, « Article 149 », *La Constitution belge : lignes et entrelignes* (M. VERDUSSEN dir.), Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 149 ; D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 232.

¹⁷ Cass. (3^e ch.), 8 octobre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1595.

¹⁸ G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire*, t. 1, *Institutions judiciaires et éléments de compétence*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 101.

¹⁹ E. VAN DEN EEDEN, « Cri d'alarme... tribunaux en détresse – la compétence territoriale des tribunaux de police – accessibilité et accueil à la justice de paix – le juge de paix, juge de la famille ? – la consolidation de la position du juge de proximité dans l'organisation judiciaire », *T. Vred. / J.J.P.*, 2004/3, p. 127.

²⁰ S. VAN BREE, « Le juge face à l'obligation de motiver ses décisions : jusqu'où doit-il aller ? », disponible sur www.justice-en-ligne.be, 5 décembre 2015.

²¹ Cass., 26 octobre 2001, R.G. n° C.00.0212.F, disponible sur www.juridat.be, pp. 3-4 (somm.).

SECTION 2. – Motivation et justice robotisée

8. Distinction. La question de la motivation des décisions de justice prises par un juge robot ne peut être traitée sans effectuer une distinction théorique entre des affaires judiciaires que nous qualifierons de « simples » et d'autres affaires que nous qualifierons de « complexes ».

§ 1. Affaires « simples »

9. Notion. Par affaires « simples », nous désignons les affaires dans lesquelles le juge est amené à appliquer des règles de droit objectif caractérisées par une grande précision. Tel est par exemple le cas lorsque le juge du tribunal de police doit se prononcer sur l'existence ou non d'un excès de vitesse. Dans de tels cas, l'application de la règle de droit semble relativement aisée : le Code de la route fixe un seuil (une vitesse plafond) dont le dépassement constitue en tant que tel une faute. Face à une telle législation, la marge d'appréciation laissée au juge par le législateur se trouve grandement limitée.

10. Systèmes experts. Le traitement d'affaires pour lesquelles la ou les législations applicables présentent un fort degré de précision peut se faire au moyen de modèles d'intelligence artificielle appelés systèmes experts.

Le système expert, ou système à base de règles, est un modèle d'intelligence artificielle dont l'activité est encadrée par des règles de fonctionnement fournies *ex ante* au système. Pour le formuler autrement, l'intelligence artificielle applique des règles qui lui ont été imposées en amont par ses concepteurs.

Ainsi, un système expert utilisé pour réaliser l'activité de juger aura pour règles de fonctionnement les règles de droit pertinentes pour résoudre un type d'affaire donné. Par exemple, si un algorithme est chargé de prononcer une sanction en cas d'excès de vitesse commis en agglomération, il aura pour règles de fonctionnement les articles définissant les limitations de vitesse²² ainsi que les articles déterminant les sanctions applicables en cas de dépassement de ces limitations²³.

Ces règles juridiques prennent la forme suivante :

Article définissant la limitation de vitesse : « Dans les agglomérations, la vitesse est limitée à 50 km à l'heure »²⁴.

²² Art. 11 de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière et de l'usage de la voie publique, *M.B.*, 9 décembre 1975, p. 15627.

²³ Art. 29 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière, *M.B.*, 27 mars 1968, p. 3146.

²⁴ Art. 11.1, al. 1^{er}, de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 précité.

Article déterminant la sanction en cas de dépassement de la limitation de vitesse : « Le dépassement de la vitesse maximale autorisée déterminée dans les règlements pris en exécution des présentes lois coordonnées est puni d'une amende de 10 à 500 euros.

Le juge tient compte du nombre de kilomètres par heure avec lequel la vitesse maximale autorisée est dépassée »²⁵.

De telles règles juridiques peuvent assez facilement être transposées en règles de fonctionnement pour le système expert. Concrètement, l'algorithme suivra donc le raisonnement suivant²⁶ :

- 1) Vitesse $X >$ vitesse seuil ?
- 2) Si oui, calcul de $\Delta = \text{vitesse } X - \text{vitesse seuil}$
- 3) Selon valeur de Δ , application de l'amende adéquate :
 Ex : Si $\Delta > 20 \text{ km/h}$, application de l'amende de 250 €
 Si $\Delta > 30 \text{ km/h}$, application de l'amende de 350 €
 Etc.

Face à un tel cas, on ne peut que constater que les étapes suivies par le système expert pour trancher l'affaire s'apparentent au raisonnement juridique qu'aurait dû suivre le juge du tribunal de police dans une affaire semblable. De plus, et c'est là une caractéristique importante des systèmes experts, ce type d'algorithme est capable de restituer les différentes règles mobilisées ainsi que les enchaînements dans leur application. Si un système expert est donc à même de motiver la décision à laquelle il parvient²⁷, encore faudra-t-il s'assurer que cette motivation prenne une forme compréhensible pour le justiciable²⁸.

§ 2. Affaires « complexes »

11. Notion. Par affaires « complexes », nous désignons les affaires dans lesquelles le juge est amené à appliquer des règles de droit objectif caractérisées par une certaine abstraction, un certain « flou ». Tel est, par exemple, le cas lorsque le juge doit faire usage de concepts standards tels que la bonne foi, la prudence, le bon père de famille, la faute...

²⁵ Art. 29, § 3, al. 1 et 2, de la loi du 16 mars 1968 précitée.

²⁶ Pour un autre exemple, voy. D. BOURCIER, « L'acte de juger est-il modélisable ? De la logique à la justice », *L'E-justice. Dialogue et Pouvoir*, Arch. phil. dr., t. 54, Paris, Dalloz, 2011, p. 41.

²⁷ *Ibid.*, p. 42.

²⁸ L. GÉRARD, « Robotisation des services publics : l'intelligence artificielle peut-elle s'immiscer sans heurt dans nos administrations ? », *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 432.

Le recours à de tels concepts exige du juge qu'il interprète ceux-ci afin de pouvoir les appliquer aux faits d'une affaire donnée. Lors de cet exercice d'interprétation, le juge est amené à faire usage de son pouvoir d'appréciation. Tel est par exemple le cas lorsque le juge est amené à appliquer une norme aussi abstraite que l'article 1382 du Code civil. En l'absence de définition claire dans le texte légal, c'est bien au juge qu'il revient d'apprécier si un comportement déterminé est ou non constitutif d'une faute. Dans pareille situation, la marge d'appréciation laissée au juge par le législateur est particulièrement importante.

12. Réseaux de neurones artificiels. Le traitement d'affaires pour lesquelles le juge dispose d'une large marge d'appréciation ne peut se faire au moyen de systèmes experts car, comme cela a été mentionné, ces modèles d'intelligence artificielle fonctionnent sur la base de règles précises établies *ex ante*. Or, de telles règles sont absentes lorsque le juge est amené à appliquer des concepts standards tels qu'énoncés précédemment.

Pour l'application de ces concepts, il sera alors fait usage d'un autre modèle d'intelligence artificielle connu sous les noms de réseaux de neurones artificiels, réseaux neuronaux artificiels, ou encore systèmes à base de cas.

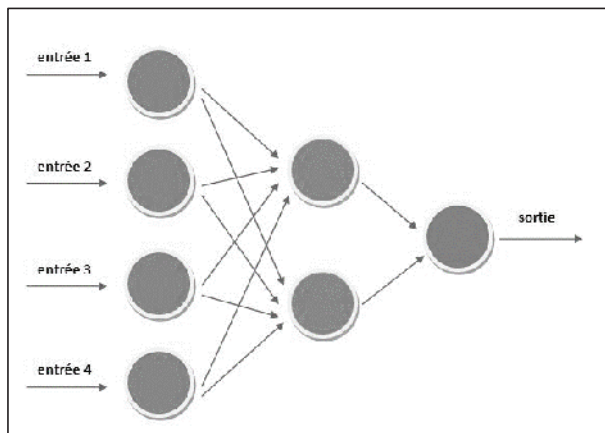


Figure 1 – Représentation schématique d'un réseau de neurones artificiels comprenant une couche d'entrée (gauche), une couche cachée (centre) et une couche de sortie (droite). Les flèches représentent les connexions entre les différents neurones²⁹

²⁹ https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Organisation_en_couches_r%C3%A9seau_de_neurones.JPG.

Les algorithmes de ce type fonctionnent de manière fondamentalement différente par rapport aux systèmes experts. En effet, les réseaux de neurones artificiels ne fonctionnent pas sur la base d'une série de règles qui leur sont imposées *ex ante* mais sur la base d'un ensemble de cas. Si un algorithme de ce type est utilisé pour prendre des décisions judiciaires dans un domaine précis, la base de cas sera alors constituée de décisions judiciaires prononcées dans des cas similaires. Cette base de cas de jurisprudence sera alors utilisée pour « entraîner »³⁰ le réseau de neurones, lui permettant ainsi d'établir le poids à attribuer aux éléments pertinents d'un contentieux déterminé et leur influence dans la prise de décision. Une fois que le réseau neuronal a été correctement entraîné – c'est-à-dire lorsque ses concepteurs constatent qu'il permet d'atteindre les objectifs fixés lors de son élaboration – il peut être employé pour la résolution d'affaires nouvelles, étrangères à la base de cas de jurisprudence utilisée lors de la phase d'apprentissage.

Concrètement, le réseau de neurones va convertir les données (les faits d'une affaire) qui lui sont fournies à l'entrée en un signal qui va se propager d'une couche de neurone à l'autre jusqu'à l'obtention d'une réponse en sortie. Durant ce trajet, les différents neurones vont, selon la valeur attribuée à leur connexion, diminuer ou augmenter l'intensité du signal. En sortie, l'intensité du signal (représentée par une valeur numérique) détermine la décision à prendre³¹.

Si les réseaux de neurones artificiels présentent l'avantage de pouvoir être utilisés pour apporter une réponse dans les affaires pour lesquelles aucune règle de droit suffisamment précise n'existe, ils présentent toutefois un défaut majeur : ils ne sont pas en mesure d'explicitier de manière intelligible les étapes – les règles utilisées et leur enchaînement – qui les ont amenés à prendre une décision déterminée.

Cette absence de capacité à justifier la prise de décision fait des réseaux neuronaux une forme de *black box* dont les utilisateurs connaissent l'information donnée à l'entrée (une affaire à traiter) ainsi que la solution produite à la sortie (la décision à adopter) mais ne peuvent comprendre les raisonnements effectués entre ces deux extrémités.

Fonctionnant sans règles établies *ex ante* et étant dans l'incapacité de retracer dans un langage compréhensible les différentes étapes de leur prise de décision, les juges algorithmiques dont le fonctionnement serait assuré par un réseau neuronal artificiel ne seraient pas en mesure de fournir une motivation suffisante de leurs décisions.

³⁰ On parle plus couramment de phase d'apprentissage.

³¹ D. BOURCIER, « L'acte de juger est-il modélisable ? De la logique à la justice », *op. cit.*, p. 44.

§ 3. Pistes de réflexion

13. Plan. Il ressort de cette analyse que, si les systèmes experts sont *a priori* capables de motiver leurs décisions, les réseaux de neurones artificiels en sont pour l'instant incapables. En outre, et peu importe le modèle d'intelligence artificielle utilisé, le caractère compréhensible de la motivation pose également question.

Afin de remédier à ce problème, nous proposons quelques pistes de solutions. Nous nous intéressons, dans un premier temps, aux mesures à prendre en amont de la prise de décision par le juge robot et, dans un second temps, aux mesures à prendre en aval de la prise de décision.

14. En amont. Trois mesures préalables à l'utilisation de juges algorithmiques nous semblent à même de résoudre, à tout le moins partiellement, le problème de motivation des décisions.

15. Réécriture des lois. Premièrement, le recours aux réseaux de neurones artificiels – justifié par l'existence de concepts juridiques flous – pourrait être réduit si les lois applicables étaient réécrites en prenant en compte leur potentielle application par des machines.

C'est ainsi que L. A. Shay *et al.* mettent en évidence les difficultés rencontrées par les intelligences artificielles confrontées aux lois contenant des notions insuffisamment précises et soulignent la nécessité pour les autorités publiques de réviser ces textes pour les rendre plus facilement utilisables par un algorithme³². Dès lors, la solution consisterait à expurger des lois les « questions supposant une appréciation subjective » afin de les rendre plus aisément applicables par des systèmes experts³³. Ainsi, pour limiter le recours aux réseaux neuronaux artificiels, les concepts standards mentionnés précédemment (bonne foi, faute...) devraient être remplacés par des éléments objectifs afin de pouvoir être traités par des intelligences artificielles capables de motiver leurs décisions.

Toutefois, le remplacement desdits concepts standards pose question en ce qui concerne le caractère évolutif du droit et le rôle créateur du juge. En effet, le degré d'abstraction propre à ces concepts est volontaire et permet à ceux-ci d'être interprétés par les magistrats en fonction des particularités des cas qui leur sont soumis et des évolutions successives de

³² L. A. SHAY, W. HARTZOG, J. NELSON et G. CONTI, « Do Robots Dream of Electric Laws? An Experiment in the Law as Algorithm », *Robot Law* (R. CALO, A. M. FROOMKIN et I. KERR dir.), Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 274.

³³ B. DONDERO, *Droit 2.0 : Apprendre et pratiquer le droit au XXI^e siècle*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 413.

la société. Par conséquent, le remplacement des concepts standards par des textes marqués par une grande précision laisse craindre l'avènement d'un droit plus figé et moins réactif aux évolutions sociétales.

En outre, il est impératif que l'adaptation des lois à leur application par un juge robot soit faite par le législateur et non directement par les concepteurs d'intelligences artificielles. Laisser à ces acteurs les compétences de modifier les textes légaux afin de les rendre plus aisément mobilisables par un algorithme revient à autoriser une modification législative adoptée par un tiers au pouvoir législatif et non-soumise aux habituels contrôles préventifs et curatifs de légalité³⁴.

16. Publicité active. Deuxièmement, le recours à la publicité administrative dite active³⁵ peut permettre une meilleure compréhension du fonctionnement du juge robot par le justiciable.

D'une manière générale, la publicité administrative doit être envisagée comme un instrument permettant un plus grand rapprochement entre les citoyens et les pouvoirs publics³⁶. En effet, la mise à disposition, d'initiative, de documents par les autorités publiques, permet de réduire le déséquilibre informationnel entre gouvernants et gouvernés³⁷.

Or, le passage d'une justice humaine à une justice robotisée risque d'entraîner une plus grande opacité du fonctionnement de la justice. Confrontée à une technologie encore méconnue et peu accessible, il est fort probable que la majorité des justiciables ne soit pas en mesure de réellement comprendre les processus qui sous-tendent le fonctionnement du juge robot.

Le recours à la publicité administrative active peut dès lors être un moyen d'améliorer la compréhension tant du rôle dévolu au juge robot (prend-il la décision seul ? Est-il supervisé par un humain ?) que de la manière dont il fonctionne (mention des algorithmes utilisés, explication de leur fonctionnement, précisions quant à la composition de la base de données utilisée lors de la phase d'apprentissage,...). Afin d'atteindre cet

³⁴ L. A. SHAY, W. HARTZOG, J. NELSON et G. CONTI, « Do Robots Dream of Electric Laws? An Experiment in the Law as Algorithm », *op. cit.*, p. 274 ; L. GÉRARD, « Robotisation des services publics : l'intelligence artificielle peut-elle s'immiscer sans heurt dans nos administrations ? », *op. cit.*, p. 429.

³⁵ Garantie par l'article 32 de la Constitution, la publicité administrative active impose aux administrations de communiquer d'initiative – c'est-à-dire sans demande préalable – des informations concernant leur structure et leur fonctionnement.

³⁶ E. DEGRAVE, *L'E-Gouvernement et la protection de la vie privée : Légalité, transparence et contrôle*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 321.

³⁷ *Ibid.*

objectif, il reviendrait au Service public fédéral Justice³⁸ – dont l'une des missions est l'encadrement et l'appui du pouvoir judiciaire³⁹ – de mettre de telles informations à disposition du public.

Toutefois, si le recours à la publicité active peut participer à l'amélioration de la compréhension du juge robot par le justiciable, cette seule mesure n'est pas à même de pallier l'absence de capacité à motiver les décisions prises par des systèmes à base de cas.

17. Audit. Enfin, il serait prudent que les algorithmes dont l'utilisation est envisagée par les cours et tribunaux fassent l'objet d'un audit préalable⁴⁰ par une autorité indépendante composée de spécialistes de l'intelligence artificielle auxquels s'adjoindraient des magistrats pour les questions liant intelligence artificielle et pouvoir judiciaire.

Cet audit permettrait, entre autres⁴¹, de s'assurer que tout algorithme destiné à être utilisé pour la prise de décisions judiciaires soit en mesure de rendre un jugement suffisamment motivé. L'issue positive de cet audit donnerait lieu à une certification dont l'obtention serait une condition nécessaire à leur utilisation par le pouvoir judiciaire.

18. En aval. Outre les mesures préalables à l'utilisation d'algorithmes de prise de décisions judiciaires, une mesure peut également être envisagée pour rendre plus compréhensibles les décisions déjà adoptées par un juge robot.

19. Droit à l'explication. Si l'intelligence artificielle n'est pas en mesure de fournir par elle-même une décision dont la motivation est aisément compréhensible, l'on peut envisager que le destinataire de l'arrêt ou du jugement puisse cependant en obtenir une explication.

³⁸ Qui, contrairement aux cours et tribunaux, est une autorité administrative fédérale soumise à la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité administrative.

³⁹ Service public fédéral Justice, *Contrat d'administration 2016-2018 conclu entre le ministre de la Justice et le président du comité de direction du Service public fédéral Justice*, disponible sur https://justice.belgium.be/fr/service_public_federal_justice, 12 février 2016, p. 7.

⁴⁰ Le caractère préalable de l'audit que nous proposons ici le distingue de l'audit *a posteriori* – réalisé en cas de contestation – proposé par le « Rapport Villani » (C. VILLANI *et al.*, *Donner un sens à l'intelligence artificielle : pour une stratégie nationale et européenne*, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/>, pp. 143-144 et s.).

⁴¹ Cet audit serait également l'occasion de trancher d'autres inquiétudes fréquemment rencontrées lors de l'utilisation d'intelligences artificielles : biais racistes, biais sexistes, sécurité des données traitées... Voy. sur ce point C. COGLIANESE et D. LEHR, « Regulation by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, 2017, pp. 1191 et s. ; J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU et L. KIRCHNER, « Machine bias », disponible sur www.propublica.org, 23 mai 2016 ; M. TUAL, « L'intelligence artificielle reproduit aussi le sexisme et le racisme des humains », disponible sur www.lemonde.fr/pixels/, 15 avril 2017.

À titre d'exemple, l'on retrouve cette idée au sein du Règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁴² (ci-après « RGPD »).

Ainsi, l'article 22 du RGPD demande aux États membres de fournir certaines garanties aux personnes faisant l'objet d'un traitement automatisé de données⁴³ de nature à produire des effets juridiques les concernant. Le traitement par un juge robot des données nécessaires à l'adoption d'un jugement ou d'un arrêt rentre dans cette définition.

Parmi les garanties que les États membres doivent fournir aux citoyens lorsqu'ils mettent en place des traitements automatisés de données, le considérant 71 du RGPD mentionne explicitement « le droit [...] d'obtenir une explication quant à la décision prise ». À titre d'exemple de cette garantie, le droit français contient, depuis le 1^{er} septembre 2017, un article R311-3-1-2 introduit dans le Code des relations entre le public et l'administration⁴⁴ qui dispose que :

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

- 1°. Le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décisions ;
- 2°. Les données traitées et leurs sources ;
- 3°. Les paramètres de traitement et, le cas échéant, leur pondération, appliqués à la situation de l'intéressé ;
- 4°. Les opérations effectuées par le traitement ».

⁴² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, J.O.U.E., L 119, 4 mai 2016.

⁴³ Le traitement automatisé a été défini par le Groupe de travail Article 29 comme : « toute prise de décision par des moyens technologiques sans implication humaine » (traduction libre de Groupe de travail Article 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adoptées le 6 février 2018, p. 8). Pour mémoire, ce groupe, actuellement remplacé par le Comité européen de la protection des données, depuis l'entrée en vigueur du RGPD, est un ancien organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Ses avis sont toujours disponibles, même si l'organe lui-même a disparu.

⁴⁴ Disposition créée par l'article 1^{er} du Décret n° 2017-330 du 14 mars 2017 relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique, art. 1, J.O.R.F., 16 mars 2017.

Bien que cette disposition garantisse l'accès à une explication compréhensible des processus algorithmiques qui ont gouverné la prise de décision automatisée, nous notons toutefois que cette explication ne peut être obtenue que sur demande.

Afin d'assurer au mieux le droit à la motivation des décisions de justice, tout justiciable devrait, sans démarche de sa part, obtenir communication de l'explication de la décision en même temps que la décision elle-même. En outre, si la communication d'une explication écrite ne s'avérait pas suffisante afin d'assurer la compréhension effective de la décision et des processus algorithmiques qui la sous-tendent, le recours à une explication orale fournie par un humain devrait être envisagé.

CHAPITRE 2. Indépendance et impartialité

20. Distinction. Les concepts d'indépendance et d'impartialité sont distincts, même s'ils sont liés : « la condition essentielle de l'exercice impartial de la fonction judiciaire réside dans l'indépendance de ceux qui l'exercent »⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle également qu'indépendance et impartialité peuvent être appréciées conjointement⁴⁶. Parfois, il est même impossible de les démêler⁴⁷. L'indépendance est plutôt attachée au statut du juge, alors que son impartialité est une qualité⁴⁸.

SECTION 1. – L'indépendance

21. Définition. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'indépendance du tribunal est son absence de subordination aux autres pouvoirs⁴⁹. Dans les dictionnaires juridiques, l'indépendance

⁴⁵ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *J.T.*, 1973, p. 510.

⁴⁶ *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, 9 janvier 2013, § 107.

⁴⁷ *Bochan c. Ukraine*, 3 mai 2007, § 68.

⁴⁸ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS *et al.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 340, p. 834. Voy. *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 55 et *Chypre c. Turquie* [GC], 10 mai 2001, § 233.

⁴⁹ F. TULKENS et J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Jacques van*

est définie comme « la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre des décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions »⁵⁰ ou encore « l'état d'une personne qui œuvre sans recevoir d'ordre, qui agit sans être agie, dans le respect de l'éthique et de sa déontologie »⁵¹. L'indépendance doit être envisagée sur un plan plus large que la simple dépendance vis-à-vis de l'exécutif. Elle doit exister à l'égard des pouvoirs de fait, tels les groupes de pression politiques, économiques ou sociaux⁵². Elle doit donc également exister à l'égard de partenaires privés, dans la mesure où leur intervention pourrait influencer les décisions judiciaires. La question se pose de manière accrue actuellement, dès lors que le financement de certains outils informatiques utilisés par la justice n'est plus réalisé par l'État⁵³.

La Cour examine aussi l'indépendance interne au système judiciaire. Celle-ci requiert que les juges soient libres de pressions ou d'influences de collègues ou chefs de corps⁵⁴. Cependant, la Convention ne remet pas en cause le système anglo-saxon du précédent, dans lequel une juridiction peut être tenue de respecter une décision antérieure d'une juridiction d'un rang supérieur, voire de suivre des *guidelines*⁵⁵.

22. Indépendance et justice numérique. Comme on l'a vu plus haut, l'indépendance interne du pouvoir judiciaire n'empêche pas qu'une juridiction soit tenue par des décisions antérieures. L'idée d'un système

Compernelle, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 735 et s. ; De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971, § 78 ; C.J.C.E., Pays-Bas et Gerard van der Wal c. Commission, 11 janvier 2000, C-174/98P et C-189/98P, EU:C:2000:1, pt 17.

⁵⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, v° « indépendance ».

⁵¹ L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, v° « indépendance ».

⁵² J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 558.

⁵³ Le 22 juin 2016, le ministre de la Justice a conclu un « protocole de coopération entre le Service public fédéral Justice et les professions juridiques en matière d'informatisation ». Le ministre de la Justice, le SPF Justice, l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone (Avocats.be), l'Orde van Vlaamse Balies (OVb), la Chambre Nationale des Notaires, la Fédération Royale du Notariat Belge, la Chambre Nationale des Huissiers de justice de Belgique et le Centre d'expertise juridique social pour les huissiers de justice (SAM-TES) ont signé ce protocole. Le but de cette collaboration est de développer de manière coordonnée des plates-formes informatiques en matière judiciaire. En exécution de ce protocole, plusieurs outils informatiques ont été développés grâce au financement des huissiers (Registre central pour le recouvrement de dettes d'argent non contestées ; Registre central des actes authentiques dématérialisés) ou des barreaux (Regsol).

⁵⁴ *Plavov-Tkalcic c. Croatie*, 22 décembre 2009, § 86 ; *Moiseyev c. Russie*, 9 octobre 2008, § 182.

⁵⁵ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 470.

informatique qui se fonderait sur la jurisprudence antérieure pour prendre des décisions n'est donc pas, par principe, contraire à la Convention.

En revanche, le financement et le contrôle des outils numériques mis à disposition de la justice sont une question centrale. Même lorsqu'il utilise des outils de recherche jurisprudentielle élaborés par le secteur privé, le juge assume seul la décision qui lui paraîtra la plus adéquate. L'influence de l'outil numérique reste donc limitée par le pouvoir juridictionnel du juge, même si cet outil peut avoir une incidence importante sur la décision⁵⁶. Lorsque l'outil numérique « est » le juge, il n'y a plus de filtre entre le fournisseur de services numériques et l'auteur de l'acte juridictionnel. C'est le système algorithmique qui élabore la décision. La question de l'indépendance du « juge » (si on peut encore utiliser ce terme) dans ce contexte devient absolument cruciale et doit être examinée avec soin.

À moins que l'État n'ait les moyens financiers suffisants pour développer ses propres systèmes, la mise en place des systèmes de décision judiciaire devra être réalisée par le privé⁵⁷. On assistera dès lors une fois de plus à « une colonisation de l'espace public par une sphère privée hypertrophiée »⁵⁸. Comme le disent A. Garapon et J. Lassègue : « Le paradoxe de ces nouveaux biens publics informationnels est que, pour recevoir un sens commun, ils doivent nécessairement en passer par des acteurs privés (les start-up ou les géants du net), par une nouvelle économie globale et par l'utilisation d'un savoir soustrait à la vérification, publique, celui

⁵⁶ Des études ont mis en lumière un biais cognitif particulier (« *automation bias* ») par lequel des humains qui utilisent un système informatique ont une tendance inconsciente à faire confiance à la machine et à ne pas mettre en doute les informations qu'elle fournit. Ce travers apparaît aussi bien à l'égard d'experts que de profanes, d'individus que d'équipes et n'est pas nécessairement éliminé par un simple avertissement (K. GODDARD *et al.*, « Automation Bias: A Systematic Review of Frequency, Effect Mediators, and Mitigators », *Journal of the American Medical Informatics Association*, 2012, pp. 121 et s., disponible sur : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3240751> ; R. PARASURAMAN et D.H. MANZEY, « Complacency and Bias in Human Use of Automation: An Attentional Integration », *Human Factors*, 2010, pp. 381-410, disponible sur : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21077562>). Voy. égal. : « The Responsibility and Independence of the Decision-Maker may Be Threatened and Human Staff May Become Deskilled or Even Redundant » (M.J. HALL, D. CALABRO *et al.*, « Supporting Discretionary Decision-Making with Information Technology: A Case Study in the Criminal Sentencing Jurisdiction », *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 2005, vol. 2, n° 1, p. 33, disponible sur : <http://www.uoltj.ca/articles/vol2.1/2005.2.1.uoltj.Hall.1-36.pdf>).

⁵⁷ En France, l'outil de justice prédictive Predictice, testé sur les sites pilotes des cours d'appel de Rennes et Douai a été élaboré par une *legaltech*. Aux États-Unis, les logiciels utilisés par la justice pénale sont fournis par des entreprises privées.

⁵⁸ A. ROUVROY et T. BERNIS, « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation dans la relation ? », *Réseaux*, vol. 177, 2013, pp. 163-196, n° 5.

d'une nouvelle classe de *geeks* qui détestent l'État et dont le travail est *de facto* incontrôlable »⁵⁹. Et encore : « La conversion des informations publiques en données et leur ouverture aboutissent à une redéfinition en profondeur de la distinction privé/public, telle que nous la connaissons jusqu'à présent. Celle-ci disparaît pour laisser place à une nouvelle distinction où le privé est entendu comme l'instrument nécessaire d'une mise en forme publique »⁶⁰.

L'examen de nombreux contrats passés entre l'administration américaine et des prestataires privés indique que, bien souvent, le fournisseur privé présente au gouvernement un contrat, dans lequel la propriété et/ou la maîtrise des résultats appartient au prestataire. Combiné avec l'opacité du fonctionnement du système, cela signifie que les pouvoirs publics perdent la maîtrise du processus et de son résultat⁶¹. On assiste alors à un déplacement de l'imputabilité de l'acte de juger du public vers le privé, même si, sur papier, le jugement reste un produit de l'État.

Lorsque la justice est à ce point assujettie à une influence externe, on peut encore s'interroger sur l'indépendance du pouvoir judiciaire. L'entreprise qui crée l'algorithme peut parfaitement biaiser celui-ci, avec une bonne intention ou pas. L'examen des systèmes utilisés par la justice pénale américaine pour prédire la délinquance démontre que l'ensemble de ces produits est construit sur une même logique : éliminer les faux résultats négatifs. L'idée sous-jacente est qu'il est plus intolérable de laisser des criminels en puissance en liberté (faux négatifs) que d'incarcérer des innocents (faux positifs)⁶². Dès lors, le système a tendance à survaloriser le risque de délinquance, afin de limiter les cas où il pourrait sous-évaluer un risque d'infraction chez un individu donné. Dans ce cas, on peut supposer que ce biais est partagé avec les autorités répressives et n'est pas induit par le fournisseur du système de sa propre initiative.

Mais quelle garantie a-t-on que l'auteur du système n'est pas lui-même sous influence et ne poursuit pas des finalités étrangères à l'œuvre de justice ? La première de ces finalités est tout simplement la recherche de

⁵⁹ A. GARAPON et J. LASSÈGUE, *Justice numérique*, Paris, PUF, 2018, p. 86.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 87.

⁶¹ R. BRAUNEIS et E. P. GOODMAN, « Algorithmic Transparency for the Smart City », *Yale journal of law & technology*, vol. 20, 2018, pp. 103 et s., spéc. pp. 109 et 116, disponible sur : https://www.yjolt.org/sites/default/files/20_yale_j._l._tech._103.pdf.

⁶² A. ROTH, « Trial by Machine », *Georgetown Law Journal*, 2016, vol. 104, pp. 1245 et s., disponible sur : <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3620&context=facpubs>. Sur la nécessité de lutter contre « l'iniquité systématique », résultant en particulier de faux positifs, voy. : B. CUSTERS, K. LA FORS *et al.*, « Lists of Ethical, Legal, Societal and Economic Issues of Big Data Technologies », disponible sur : <http://e-sides.eu/assets/media/e-SIDES%20D2.2%20v1.1.pdf>, p. 31.

rentabilité de son activité, qui peut l'amener à des choix utilitaires ou des simplifications, qui feraient perdre au système une partie de sa finesse d'analyse. L'examen du système informatique utilisé par le *Colorado Benefits Management System* (organisme de sécurité sociale chargé de l'aide médicale et alimentaire) a révélé plus de 900 infractions au droit fédéral et de l'État, résultant de la traduction incorrecte des règles légales en code informatique⁶³. Ce travers risque évidemment d'apparaître plus fréquemment dans un système expert, où le corps législatif et réglementaire doit être modélisé, que dans un système neuronal artificiel, où il n'y a pas de règles préexistantes et où les règles émergent de l'analyse de la jurisprudence. Il n'en reste pas moins que l'analyse de la pertinence de la jurisprudence suppose des classements, des choix, qui vont privilégier telle décision plutôt que telle autre⁶⁴. Ces choix sont induits par les programmeurs.

SECTION 2. – L'impartialité

23. Définition. L'impartialité est la neutralité du juge. Il ne peut prendre parti ni pour ni contre l'une des parties.

L'examen de l'impartialité du juge s'attachera tout d'abord à son comportement, à la manière dont il exprime ou non certains partis pris. On parle alors d'impartialité personnelle. « L'impartialité personnelle vise les divers éléments, pris ensemble ou isolément, qui ont été de nature à influencer la conviction ou l'appréciation libre et éclairée du titulaire de la fonction concernée. Il en ira ainsi de comportements ou d'attitudes par lesquels le titulaire exprime de la préférence ou de l'amitié ou, au contraire, de la défiance ou de l'hostilité vis-à-vis d'une partie, ou lorsqu'il

⁶³ D. KEATS CITRON, « Technological Due Process », *Washington University Law Review*, 2008, vol. 85, pp. 1249 et s., spéc. p. 1267. Ce travers existe naturellement du fait de la difficulté de traduire le langage légal en langage machine. « *Although all translations shade meaning, the translation of policy from human language into code is more likely to result in a significant alteration of meaning than would the translation of policy from English into another human language. This is, in part, because the artificial languages intelligible to computers have a more limited vocabulary than human languages. Computer languages may be unable to capture the nuances of a particular policy* » (D. KEATS CITRON, *op. cit.* p. 1261). Dans le même sens : L. A. SHAY, W. HARTZOG, J. NELSON et G. CONTI, « Do Robots Dream of Electric Laws? An Experiment in the Law as Algorithm », *op. cit.*, pp. 274 et s.

⁶⁴ M. CLÉMENT, « Les juges doivent-ils craindre l'intelligence artificielle ? », *Rec. Dalloz*, 2017/2, p. 104 ; M. VAN OPIJNEN et C. SANTOS, « On the Concept of Relevance in Legal Information Retrieval », *Artificial Intelligence and Law*, 2017, vol. 25, pp. 65 et s., disponible sur : <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10506-017-9195-8>.

est animé par des considérations étrangères à la cause dans laquelle il est appelé à intervenir »⁶⁵. C'est l'impartialité subjective.

L'examen devra également porter sur les apparences d'impartialité⁶⁶. Comme le rappelle un juge à la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷ : « (l)es apparences désignent des facteurs objectifs, perceptibles, observés par les parties ou le public ou connus d'eux [...]. L'idée est que lorsque ces circonstances extérieures sont telles qu'il y a une possibilité que le juge ou l'expert soit prévenu⁶⁸, peu importe de savoir s'il l'est réellement, car tout juge placé dans une telle situation doit se déporter dans l'intérêt de la confiance du public en l'administration de la justice ». C'est l'impartialité objective. L'observateur extérieur bienveillant, examinant l'organisation du tribunal et le déroulement de la procédure, ne peut avoir de doute concernant l'impartialité de la juridiction : « *justice must not only be done but must also be seen to be done* ».

24. Impartialité et justice numérique. La place n'est pas ici d'entrer dans le (vaste) débat entre les « légalistes » qui considèrent que la décision judiciaire est exclusivement le fruit d'un syllogisme appliquant la loi aux faits et les « réalistes » qui estiment au contraire que la décision judiciaire est – exclusivement ou non – le résultat d'influences externes qui ont peu de choses à voir avec la loi⁶⁹. On ne peut toutefois nier que beaucoup de décisions judiciaires (voire toutes) sont, partiellement à tout le moins, influencées par les préjugés du juge, résultant de son expérience, son appartenance sociale ou son éducation. Le juge peut être victime de biais cognitifs : il peut mal comprendre les éléments de fait ou apporter trop d'importance à certains plutôt qu'à d'autres. Il peut être également dépendant de ses émotions, qui peuvent induire une instabilité dans la jurisprudence : suivant les affects du moment, le juge peut être amené à

⁶⁵ J.-F. MAROT, « L'évaluation du préjudice corporel et la Convention européenne des droits de l'homme », *Le dommage corporel et l'expertise : liber amicorum Pierre Lucas*, Limal, Anthemis, 2009, p. 280.

⁶⁶ *Piersack c. Belgique*, 1^{er} octobre 1982, § 30.

⁶⁷ Opinion du juge S.K. MARTENS sous *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, § 3.3, J.T., 1992, p. 175.

⁶⁸ Ce terme doit être compris dans le sens de : « une possibilité que le juge ou l'expert présente un préjugé » (*a possibility of the judge or the expert being prejudiced* dans la version anglaise).

⁶⁹ Voy. sur cette question : B BARRAUD, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges. Vers une robotisation de la justice ? », *Cah. Justice*, 2017/1, pp. 121 et s. ; N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS *et al.*, « Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights : A Natural Language Processing Perspective », *Peer J, Computer science*, 2016, disponible sur : <https://peerj.com/articles/cs-93>, spéc. pp. 11 et s., et les références citées par ces auteurs.

se départir de sa jurisprudence habituelle. L'ordinateur ne montre, *a priori*, pas d'émotions. Il est indifférent aux caractéristiques des personnes qu'il juge. Il décide toujours dans le même sens, dans un contexte factuel donné. La neutralité et la constance de la machine sont donc des caractéristiques souvent mises en avant par les défenseurs des algorithmes pour soutenir que « l'impartialité » de l'ordinateur est plus grande que celle du juge.

Cette vision est cependant un peu courte, parce que l'utilisation d'un système numérique de décision judiciaire pose en réalité de sérieux problèmes, en termes d'impartialité.

25. Impartialité objective et justice numérique. Nous avons vu que le système judiciaire doit présenter des apparences d'impartialité. Or, le respect de l'indépendance objective pose notamment le problème de la transparence du système et de la motivation de la décision.

Si le système judiciaire est totalement opaque et si le processus décisionnel est inaccessible à l'observateur, celui-ci sera incapable de se faire une opinion sur l'impartialité de la juridiction. Par exemple, c'est au titre du respect de l'impartialité du juge que la Cour des droits de l'homme impose la transparence quant à la composition de la juridiction de jugement : « ce qui est en cause, c'est l'impossibilité même de vérifier, du fait des dispositions de droit interne alors en vigueur, l'impartialité de la commission »⁷⁰. C'est également pour le même motif que la publicité de la procédure doit être respectée : elle doit permettre au public de vérifier l'impartialité du juge et l'équité de la procédure. Lorsque le processus de création du jugement est totalement occulte, cette impartialité ne peut être vérifiée et n'est donc pas garantie. L'observateur peut alors tout imaginer. Qu'est-ce qui prouve que la machine n'avantage pas le propriétaire par rapport au locataire, le fournisseur d'énergie par rapport à l'utilisateur, le mari par rapport à la femme... ou vice versa ?

Par ailleurs, la motivation de la décision permet de vérifier le fil conducteur du raisonnement du juge, et donc d'apprécier si ce raisonnement apparaît objectif ou se fonde au contraire sur des éléments dénotant un manque de neutralité. Or, nous avons vu plus haut⁷¹ la difficulté induite par les systèmes neuronaux artificiels, à savoir qu'il est très difficile de reconstituer le raisonnement de la machine. Les concepteurs du programme savent quelles règles de base ont été inculquées au système mais la manière dont ces règles sont appliquées dans le tri et le classement de

⁷⁰ Vernes c. France, 20 avril 2011, § 42.

⁷¹ Voy. *supra*, n° 12.

la jurisprudence est très difficile, si pas impossible à connaître⁷². Or, si la motivation est absente ou reconstruite *a posteriori* par la machine, l'observateur manque d'éléments pour déterminer si le processus est objectif ou pas.

26. Impartialité subjective et justice numérique. Impartialité subjective ensuite. Le système peut être parfaitement efficace et opérationnel mais manquer de neutralité dans le traitement des données⁷³. L'équité du système peut être totalement absente des considérations des développeurs⁷⁴.

L'idée de la neutralité de l'ordinateur est en fait un mythe, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le programme d'ordinateur ne crée pas ses propres règles de fonctionnement, il obéit aux règles imposées par ses concepteurs, quitte à les adapter s'il est conçu pour cela (autoapprentissage). Or, si l'ordinateur est neutre, les programmeurs qui ont créé le logiciel ne le sont pas. Tout système informatique reflète un jeu de valeurs incorporées dans le code⁷⁵. En d'autres termes *code is law*⁷⁶, le code fait loi. Et, contrairement à un être humain, l'ordinateur est imperméable aux objections. L'humain, placé devant ses contradictions, peut s'amender. Parlant de la collégialité, P. Martens écrit : « [Le délibéré collégial permet à chacun de recevoir] de ceux qui le contredisent l'occasion de mettre à nu ses préjugés, de les voir dans leur indigence et de les abandonner sans regret »⁷⁷. L'ordinateur ne change pas d'avis si on le contredit de manière argumentée. Les options prises lors de la conception du logiciel

⁷² C. COGLIANESE et D. LEHR, « Regulation by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », *op. cit.*, pp. 1159, 1199 et 1206 et s. ; J. GRIMMELMANN, « Regulation by Software », *Yale Law Journal*, 2005, vol. 114, pp. 1734 et s., disponible sur : https://www.yalelawjournal.org/pdf/209_jbwrex6h.pdf ; M. ANANNY et K. CRAWFORD, « Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and its Application to Algorithmic Accountability », *New Media & Society*, 2018, vol. 20, p. 981, disponible sur : http://mike.ananny.org/papers/anannyCrawford_seeingWithoutKnowing2016.pdf.

⁷³ R. BRAUNEIS et E. P. GOODMAN, « Algorithmic Transparency for the Smart City », *op. cit.*, p. 123.

⁷⁴ N. SEAVER, « Knowing Algorithms », 2014 (inédit), disponible sur : <http://nickseaver.net/s/seaverMit8.pdf>.

⁷⁵ L. LESSIG, *Code*, version 2.0, 2006, p. 101, disponible sur : <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf> ; D. J. STEINBOCK, « Data Matching, Data Mining, and Due Process », *Georgia Law Review*, 2005, p. 61, ; L. A. SHAY, W. HARTZOG, J. NELSON et G. CONTI, « Do Robots Dream of Electric Laws? An Experiment in the Law as Algorithm », *op. cit.*, pp. 288 et 295.

⁷⁶ L. LESSIG, « Code is Law », *Harvard magazine*, 2000, disponible sur : <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>.

⁷⁷ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *Rev. trim. D.H.*, 1996, pp. 652 et 653. On notera l'optimisme de l'auteur.

sont donc intangibles, sauf adaptation du code. Du point de vue du justiciable, l'opacité du logiciel rend très difficile la détection des biais. En outre, l'utilisateur (le justiciable) ne se voit pas donner l'occasion de les relever. Ne connaissant pas les présupposés du système, il ignore quelle information ajouter pour y remédier⁷⁸. Enfin, un programme complexe est souvent l'œuvre d'une équipe. L'intervention de plusieurs personnes, créant des règles de fonctionnement composites, peut avoir un effet multiplicateur des biais du programme⁷⁹.

Ensuite, lorsque le système est conçu pour traiter de grandes quantités d'information et prendre une décision à la suite de cette opération, il peut reproduire et perpétuer les formes de discrimination ou de partialité contenues dans la jurisprudence utilisée⁸⁰. Le logiciel ne va pas corriger les travers de la jurisprudence, il va les accentuer⁸¹. Or, le juge humain peut prendre en considération l'orientation de la jurisprudence qui lui est soumise. Si les décisions qu'il découvre lui paraissent trop favorables aux intérêts d'un groupe déterminé (les entreprises, les banques, les fournisseurs d'énergie...), il peut en tenir compte dans sa décision et prendre ses distances par rapport à cette jurisprudence. L'ordinateur ne le pourra pas, sauf s'il a été programmé pour redresser et corriger d'éventuelles discriminations, ce qui suppose alors un choix explicite des concepteurs. Mais on ne pourra plus dire que l'ordinateur est neutre.

Le système n'introduit-il pas ou ne perpétue-t-il pas des formes insidieuses de discrimination fondées sur le sexe, le genre ou d'autres facteurs ? L'agrégation d'indicateurs supposés neutres peut, en fait, engendrer des résultats discriminatoires⁸². C'est le cas des codes postaux, qui peuvent être facilement corrélés avec des zones où la criminalité est plus élevée ou le taux de chômage est plus important, où il existe une majorité d'habitants allochtones⁸³. Le problème a été analysé concernant les logiciels de prédiction de récidive, qui sont utilisés aux États-Unis non pas uniquement pour assister les juges dans les libérations conditionnelles

⁷⁸ D. J. STEINBOCK, « Data Matching, Data Mining, and Due Process », *op. cit.*, p. 62.

⁷⁹ D. KEATS CITRON, « Technological Due Process », *op. cit.*, p. 1262.

⁸⁰ B. CUSTERS, K. LA FORS *et al.*, « Lists of Ethical, Legal, Societal and Economic Issues of Big Data Technologies », *op. cit.*, p. 59.

⁸¹ J. BURN-MURDOCH, « The Problem with Algorithms: Magnifying Misbehaviour », disponible sur <https://www.theguardian.com/news/datablog/2013/aug/14/problem-with-algorithms-magnifying-misbehaviour>, 14 août 2013 ; C. COGLIANESE *et* D. LEHR, « Regulation by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era », *op. cit.*, p. 1192.

⁸² B. CUSTERS, K. LA FORS *et al.*, « Lists of Ethical, Legal, Societal and Economic Issues of Big Data Technologies », *op. cit.*, p. 59.

⁸³ J. DRESSEL *et* H. FARID, « The Accuracy, Fairness, and Limits of Predicting Recidivism », *Science Advances*, vol. 17, 2018, disponible sur : <http://advances.sciencemag.org/content/4/1/eaao5580.full>.

mais aussi pour les décisions judiciaires au sens strict du terme⁸⁴. Cette discrimination peut être totalement non voulue. Les algorithmes peuvent prendre des décisions discriminatoires, même s'ils ont été établis avec les meilleures intentions⁸⁵. Outre le problème d'impartialité, le système risque alors de porter atteinte à l'interdiction des discriminations, mentionnée à l'article 14 de la CEDH et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Si les auteurs du programme sont conscients du risque de biais ou de discrimination, ils voudront peut-être le corriger. Quels choix feront-ils pour atteindre ce but ? Doivent-ils neutraliser tous les éléments susceptibles d'introduire une discrimination entre parties ? Ou doivent-ils au contraire en favoriser certains ? L'introduction de mécanismes correcteurs suppose préalablement une définition de ce qu'on entend par égalité, ce qui nécessite des choix quasi philosophiques⁸⁶.

Comme nous l'avons dit plus haut, l'être humain est aussi affecté par les mêmes travers⁸⁷. Il n'est certainement pas plus neutre que la machine. Et par certains côtés, il est vrai que l'ordinateur évacue certains défauts de la décision humaine. Mais il serait faux de croire que le juge robot est totalement impartial. En outre, on peut penser que certains errements du juge humain seront limités à une ou quelques décisions. Les inégalités et discriminations induites par la machine peuvent devenir systémiques, à cause de l'effet multiplicateur de l'algorithme.

⁸⁴ J. ANGIN, J. LARSON, S. MATTU et L. KIRCHNER, « Machine Bias », disponible sur : www.propublica.org, 23 mai 2016 ; M. HAMILTON, « Adventures in Risk: Predicting Violent and Sexual Recidivism in Sentencing Law », *Arizona state law journal*, 2015, disponible sur : http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2015/06/Hamilton_Final.pdf.

⁸⁵ Pour des exemples, voy. : S. BAROCAS et A. SELBST, « Big Data's Disparate Impact », *California Law Review*, 2016, vol. 104, pp. 671 et s., disponible sur : <http://www.california-lawreview.org/2-big-data> ; D. KEATS CITRON et F. PASQUALE, « The Scored Society: Due Process for Automated Predictions », *Washington Law Review*, 2014, vol. 89 (1), disponible sur : <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/facpubs/1431/> ; B. EDELMAN et M. LUCA, « Digital Discrimination: the Case of Airbnb.com », 2014, <http://ssrn.com/abstract=2377353> ; M. KAY, C. MATUSZEK et S. MUNSON, « Unequal Representation and Gender Stereotypes in Image Search Results for Occupations » *In Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2015, pp. 3819 et s., disponible sur : <http://doi.acm.org/10.1145/2702123.2702520>.

⁸⁶ P. GAJANE, « On Formalizing Fairness in Prediction with Machine Learning », 2017, disponible sur : <https://arxiv.org/pdf/1710.03184.pdf>.

⁸⁷ Voy. *supra*, n° 24.

CHAPITRE 3. Publicité de la procédure

27. Transparence. Selon l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tant la procédure que le prononcé du jugement doivent être publics. « La publicité de la procédure réalise la transparence du service public de la justice en soustrayant le justiciable à l'arbitraire d'une justice secrète et en permettant au public de veiller à la bonne administration de la justice. Par-là, la publicité contribue à préserver la confiance dans la justice »⁸⁸.

La règle de la publicité des débats souffre certaines exceptions. L'article 148 de la Constitution belge évoque le danger pour l'ordre et les mœurs. L'article 6 CEDH mentionne en outre « l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »⁸⁹. L'allusion aux intérêts de la justice ouvre au juge un pouvoir d'appréciation assez large. Les intérêts de la justice peuvent être en jeu lorsque la publicité pourrait porter atteinte aux intérêts d'une partie ou d'un tiers, même si la Cour européenne des droits de l'homme se refuse à dresser une liste de cas dans lesquels le huis clos pourrait être prononcé⁹⁰. En tout cas, l'exclusion d'une audience ne peut relever que de circonstances exceptionnelles⁹¹.

En matière civile, le droit de comparaître en personne n'est pas garanti par la Convention. Le justiciable ne pourrait donc se plaindre de ne pas être entendu par le tribunal, sauf si « le caractère et le comportement personnels de l'intéressé sont de nature à contribuer directement à former l'opinion de la Cour »⁹². Ce serait le cas en matière familiale par exemple. Or, dans ce domaine, il est moins probable que des systèmes de décision automatisés soient mis en place.

⁸⁸ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 529.

⁸⁹ Sur la question de savoir s'il est possible d'invoquer les cas de huis clos supplémentaires prévus à l'article 6, en plus des cas prévus par la Constitution, voy. : M. MELCHIOR, « Le procès équitable dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme », *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, Jeune Barreau, 1985, p. 233 ; A. DE NAUW, « L'application et l'interprétation de l'article 6, §§ 1^{er} et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge en matière pénale », *Les droits de la défense en matière pénale*, Liège, Jeune Barreau, 1985, p. 320.

⁹⁰ *Moser c. Autriche*, 21 septembre 2006, § 94.

⁹¹ *Stallinger et Kuso c. Autriche*, 23 avril 1997.

⁹² *X. c. RFA* (déc.), 1169/61, 24 septembre 1963.

Ce droit n'est pas non plus garanti par principe en matière pénale, si ce n'est que le critère évoqué ci-dessus s'applique certainement davantage en matière pénale⁹³. En effet, le caractère et le comportement personnels du prévenu sont de nature à influencer la peine. Par ailleurs, certains droits garantis par l'article 6, § 3, CEDH (se défendre soi-même, interroger les témoins...) n'ont de sens que si le prévenu est présent en personne⁹⁴.

Comme souvent, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie le respect de cette exigence sur toute la durée de la procédure⁹⁵. Lorsqu'une instance ne remplit pas la condition de publicité, on peut y remédier dans une autre instance qui serait publique, pour autant qu'il s'agisse d'un recours de pleine juridiction⁹⁶. En fait, il faut que la publicité soit respectée « à un stade déterminant de la procédure »⁹⁷.

Cela étant, si, en principe, une instance au moins doit présenter un caractère public, la Cour admet néanmoins que certaines procédures n'aient aucun caractère public. C'est le cas lorsque les questions soumises au tribunal ne présentent aucune complexité⁹⁸ ou ne concernent pas des intérêts publics⁹⁹. Pour certaines affaires, il est légitime que les autorités nationales tiennent compte d'impératifs d'efficacité et d'économie¹⁰⁰, par exemple du fait du caractère hautement technique des débats, sur le plan factuel ou juridique (comme en matière de sécurité sociale)¹⁰¹. La fréquence de ces affaires n'est pas un critère pertinent pour apprécier l'opportunité de la publicité des débats. Il n'est pas exigé qu'elles soient rares. Un contentieux nourri peut parfaitement être traité sans audience publique, pour autant qu'il remplisse les conditions énoncées par la Cour¹⁰².

28. Justice numérique et publicité. Il est clair que la mise en place d'un système automatisé de prise de décision bouleverse totalement

⁹³ Voy. décision de la Commission citée à la note précédente.

⁹⁴ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., op. cit., p. 515.

⁹⁵ *Axen c. Allemagne*, 8 décembre 1983, § 28.

⁹⁶ *Lamanna c. Autriche*, 10 juin 2001, §§ 33-34.

⁹⁷ *Malhous c. République tchèque*, 12 juillet 2001, § 62.

⁹⁸ *Valova et autres c. Slovaquie*, 1^{er} juin 2004, § 63 ; *Speil c. Autriche* (déc.), 42057/98, 5 septembre 2002 ; *Allan Jacobsson c. Suède*, 19 février 1998, §§ 48-49 ; *Varela Assalino c. Portugal* (déc.), 64336/01, 25 avril 2002 (les faits n'étaient pas contestés, seule la règle de droit devait être déterminée).

⁹⁹ *Håkansson et Stureson c. Suède*, 21 février 1990, § 67.

¹⁰⁰ *Eker c. Turquie*, 24 janvier 2018, § 29.

¹⁰¹ *Koottummel c. Autriche*, 10 décembre 2009, § 19 ; *Miller c. Suède*, 8 février 2005, § 29 ; *Salomonsson c. Suède*, 12 novembre 2002, § 38 ; *Lundevall c. Suède*, 12 novembre 2002, § 38 ; *Döry c. Suède*, 12 novembre 2002, § 41 ; *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 58.

¹⁰² *Gasparini c. Italie et Belgique* (déc.), 10750/03, 12 mai 2009.

l'organisation traditionnelle du procès. Il n'y a plus de mise en état, au sens où on l'entend actuellement, ni d'audience, puisqu'on ne plaide pas devant la machine. La publicité des débats est donc totalement évacuée. La publicité « considérée comme le meilleur désinfectant pour débarrasser l'espace public de toute tentative de détournement » est « pauvrement remplacée par une transparence partielle »¹⁰³.

En revanche, la publicité du prononcé n'est pas concernée. Comme le prononcé oral n'est pas exigé¹⁰⁴, rien n'empêche de diffuser la décision de la machine par d'autres canaux, comme, par exemple, la publication par un procédé numérique de toutes les décisions rendues en Belgique¹⁰⁵.

De manière générale, il sera très difficile d'appliquer les exceptions reconnues par l'article 6 à la prise de décision automatisée. Il n'est pas question de danger pour l'ordre public ou les bonnes mœurs. Les intérêts de mineurs ne sont pas (*a priori*) en jeu, sauf dans certaines affaires familiales ou de jeunesse. Enfin, on n'aperçoit pas comment la publicité porterait atteinte aux intérêts de la justice, sauf à considérer que l'organisation d'un mécanisme de prise de décision automatisée est absolument nécessaire à une bonne administration de la justice. On ne pourrait donc soutenir que cette exception, généralisée à toute la procédure par voie numérique, rencontrerait l'exigence de « circonstances exceptionnelles » invoquée par la Cour. En ce qui concerne ces affaires (probablement majoritaires), pour lesquelles il n'est pas possible d'invoquer une exception à la publicité des débats, il y aurait lieu de prévoir une possibilité de recours devant un juge ordinaire, avec un débat public.

En revanche, pour des affaires très simples ou très techniques, pour lesquelles la plaidoirie n'apporte pas de réelle plus-value, il serait possible d'invoquer la jurisprudence de la Cour qui admet l'exclusion de la publicité. L'idée de confier à un juge robot la solution de litiges peu complexes est donc pertinente, en tout cas en ce qui concerne l'exigence de publicité des débats. Attention toutefois que des litiges à enjeu financier limité ne sont pas nécessairement des litiges simples. Il faudrait donc soit

¹⁰³ A. GARAPON et J. LASSÈGUE, *Justice numérique, op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁴ Il n'est d'ailleurs plus appliqué dans la plupart des juridictions civiles. On peut lui trouver des équivalents : par exemple, le dépôt au greffe où la décision peut être consultée par tous (*Pretto c. Italie*, 8 décembre 1983, § 26 ; *Sutter c. Suisse*, 22 février 1984, § 33). Le texte de l'article 149 de la Constitution est actuellement remplacé par « Il est rendu public selon les modalités fixées par la loi. En matière pénale, son dispositif est prononcé en audience publique » (22 avril 2019 – Révision de l'article 149 de la Constitution en ce qui concerne la publicité des jugements et des arrêts, *M.B.*, 2 mai 2019). Cette révision permet de substituer un système de publication électronique au prononcé public.

¹⁰⁵ Cela poserait évidemment des problèmes de respect de la vie privée, qui sont examinés au dernier chapitre de cet article.

déterminer de manière générale des catégories de litiges qui, habituellement, ne posent pas de difficulté, soit faire une appréciation au cas par cas. On pourrait également faire trancher par la machine des litiges trop techniques pour être exposés oralement, sans un très long exposé qui laserait ses auditeurs. Un exemple typique est l'indemnisation du dommage corporel, qui ne fait déjà plus l'objet de plaidoiries dans la plupart des cas.

CHAPITRE 4. Égalité des armes et accessibilité de la justice

29. Justice et efficience. Dans un contexte de réduction des deniers attribués à la justice¹⁰⁶, la robotisation est assez fréquemment présentée comme un moyen d'assurer une plus grande efficience du monde judiciaire. Pour l'écrire autrement, la robotisation serait une solution pour « faire plus avec moins », en ce compris au niveau de l'accessibilité des cours et tribunaux.

Toutefois, et sans remettre en cause les possibles gains d'efficacité que pourrait apporter la robotisation de la justice, il convient de mettre en avant les risques inhérents à une automatisation immodérée et irréfléchie des procédures judiciaires.

SECTION 1. – Robotisation et promesses d'accessibilité

30. Plan. De prime abord, une robotisation de la justice pourrait participer à rendre celle-ci plus accessible. Trois arguments principaux peuvent être développés en ce sens.

31. Coûts réduits. Premièrement, la promesse du remplacement progressif des juges humains par des juges robots laisse penser qu'une

¹⁰⁶ Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Lignes directrices sur la conduite du changement vers la cyberjustice : Bilan des dispositifs déployés et synthèse de bonnes pratiques*, adoptées le 7 décembre 2016, Conseil de l'Europe, juin 2017, p. 6 ; voy. égal. les discussions contenues dans le Projet du budget général des dépenses pour l'année budgétaire 2018, rapport fait au nom de la commission de la justice par C. VAN CAUTER, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2690/30.

réduction du coût de la justice serait envisageable. Cette réduction de coût s'explique par deux facteurs majeurs.

Tout d'abord, il convient de constater qu'à nombre équivalent d'affaires traitées, un juge robot présente un coût largement moindre à celui d'un juge humain¹⁰⁷.

En outre, le recours à une justice rendue par algorithmes entraînerait, dans de nombreux cas, l'abandon de la dimension physique du procès. Le nombre d'audiences diminuant, on peut imaginer que le Service public fédéral Justice pourrait, afin de réaliser une économie, abandonner une partie du parc immobilier dans lequel se déroulent actuellement les procédures¹⁰⁸.

Ces économies réalisées, encore faudra-t-il s'assurer qu'elles soient effectivement faites dans l'optique d'une plus grande accessibilité de la justice. Ainsi, l'on peut imaginer que ces économies se traduisent par une réduction du montant des frais des procédures¹⁰⁹.

32. Disponibilité. Deuxièmement, un juge algorithmique peut – contrairement à son homologue humain – exercer sa fonction de manière permanente ou quasi permanente. Tel serait par exemple le cas si l'accès au juge algorithmique était assuré via un système de règlement en ligne des litiges. Dans une telle configuration, les cours et tribunaux pourraient être considérés comme plus accessibles car saisissables à tout instant par les justiciables.

33. Rapidité. Enfin, le juge robot est capable de traiter les demandes qui lui sont soumises – en particulier lorsque celles-ci sont répétitives – plus rapidement que le juge humain. Le recours à la justice algorithmique engendrerait donc une réduction du temps judiciaire, ce qui présenterait un avantage tant pour le justiciable concerné par l'affaire traitée que pour l'ensemble des justiciables qui ferait face à une justice plus disponible car moins engorgée par le traitement des affaires en cours.

¹⁰⁷ Il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'information précise sur la différence réelle de coût entre un juge humain et un juge robot. Toutefois, en matière de travail administratif, le recours à un fonctionnaire robotisé (matérialisé sous la forme d'une interface de discussion disponible sur l'Internet) reviendrait jusqu'à 60 % moins cher que le recours à un fonctionnaire humain (voy. L. GÉRARD, « Robotisation des services publics : l'intelligence artificielle peut-elle s'immiscer sans heurt dans nos administrations ? », *op. cit.*, p. 414).

¹⁰⁸ Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Lignes directrices sur la conduite du changement vers la cyberjustice : Bilan des dispositifs déployés et synthèse de bonnes pratiques*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 10.

De plus, le traitement des affaires les plus simples par la justice robotisée pourrait permettre aux juges humains de consacrer une plus grande partie de leur temps à la résolution des affaires les plus complexes¹¹⁰.

SECTION 2. – Robotisation et risques pour l’accessibilité

34. Plan. Deux éléments viennent tempérer les promesses d’accessibilité portées par la robotisation de la justice. Le premier tient au coût réel d’une robotisation de la justice. Le second, qui est également le plus important, tient à l’égalité des justiciables confrontés au juge algorithmique.

35. Coût de la robotisation. Si la réduction des coûts engendrée par un plus grand recours aux juges robots semble indéniable sur le long terme, il convient cependant de s’interroger sur l’ampleur des sommes qui devront être investies pour mettre en place cette nouvelle forme de justice et sur la possible répercussion de ces investissements sur le justiciable.

36. Inégalité d’accès. Comme cela est fréquemment le cas lorsque les pouvoirs publics font usage d’une technologie « nouvelle », le passage d’une justice humaine à une justice robotisée est de nature à créer des inégalités d’accès parmi les justiciables.

Il semble en effet évident que les modes numériques de règlement des litiges ne sont *a priori* accessibles qu’à des personnes qui disposent de l’équipement adéquat et qui sont *computer literates*, c’est-à-dire qui disposent des aptitudes suffisantes pour utiliser ces systèmes¹¹¹. De toute évidence, une telle situation conduit à un renforcement de la fracture numérique¹¹².

¹¹⁰ B. BARRAUD, « Un algorithme capable de prédire les décisions des juges. Vers une robotisation de la justice ? », *op. cit.*, pp. 135-136.

¹¹¹ B. CUSTERS, K. LA FORS *et al.*, « Lists of Ethical, Legal, Societal and Economic Issues of Big Data Technologies », *op. cit.*, pp. 71-72. J. Zeleznikow fait néanmoins observer que des systèmes de règlement des conflits en ligne pourraient constituer une alternative intéressante aux procès classiques lorsque les justiciables ne comparaissent pas ou se défendent seuls (J. ZELEZNIKOW, « Can Artificial Intelligence And Online Dispute Resolution Enhance Efficiency And Effectiveness In Courts », *International Journal for Court Administration*, 2017, vol. 8, n° 2, pp. 30 et s., disponible sur : <https://www.icajournal.org/articles/abstract/10.18352/ijca.223/>).

¹¹² Sur l’évolution des définitions de la fracture numérique, voy. P. BROTCORNE et G. VALENDUC, « Les compétences numériques et les inégalités dans les usages d’Internet. Comment réduire ces inégalités ? », *Les Cahiers du numérique*, 2009/1, pp. 45-68, spéc. pp. 50-51.

Dans la mesure où l'usage de ces procédés est jugé problématique au regard du respect des droits fondamentaux, le fait qu'ils soient d'un accès difficile à certains n'est pas en soi un mal, tant que l'accès au juge humain est garanti. Toutefois, des difficultés pourraient apparaître si le préalable du recours au juge robot était imposé légalement ou contractuellement. Durant la phase numérique, une partie mal aguerrie en matière informatique pourrait être mise en difficulté. Le fait de devoir participer à un pré-procès numérique où l'égalité des armes n'est pas respectée, suivi de l'obligation systématique de devoir introduire un recours contre la décision numérique prise dans des conditions défavorables, pourrait constituer un alourdissement sensible du parcours visant à obtenir une décision conforme aux standards du procès équitable.

Par ailleurs, si le contrôle de la transparence des algorithmes est mis à charge de la partie qui conteste la décision de la machine, l'obligation pour une partie de désigner un expert qui vérifiera le code du système peut être très lourde financièrement, si des mécanismes efficaces d'aide légale ne sont pas mis en œuvre.

37. Égalité des armes et accessibilité. Plusieurs droits et principes applicables à l'acte de juger sont en mesure de réduire les inégalités d'accès à la justice que pourrait provoquer le recours à la justice algorithmique. Il s'agit premièrement du principe de l'égalité des armes. Il s'agit ensuite du principe d'accessibilité.

§ 1. L'égalité des armes

38. Définition. Depuis l'arrêt *Airey*¹¹³, il est reconnu que les États doivent non seulement s'abstenir de créer des entraves à l'accès à la justice mais doivent aussi prendre des mesures positives pour le promouvoir. Par ailleurs, « le principe de l'égalité des armes est l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention. Il exige un "juste équilibre" entre les parties : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires »¹¹⁴.

¹¹³ *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 25 : « l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État ; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif ».

¹¹⁴ Jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme. Voy. par exemple, *Gorraiz Lizarraga et al. c. Espagne*, 27 avril 2004, § 56.

§ 2. Le principe d'accessibilité

39. Définition. Contrairement au principe de l'égalité des armes, le principe d'accessibilité n'est pas en tant que tel reconnu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il nous semble toutefois nécessaire de dégager un principe d'accessibilité de la justice qui impliquerait le droit, pour tout justiciable, d'être en mesure de recourir au juge sans que cela n'exige de lui l'utilisation de procédés techniques dont l'usage efficace requiert la maîtrise de connaissances complexes¹¹⁵.

La définition que nous donnons au principe d'accessibilité trouve son inspiration dans trois sources bien différentes.

Il s'agit tout d'abord de la Charte de l'utilisateur des services publics qui définit le « droit à l'accessibilité des services publics » de la manière suivante : « Les services publics doivent être accessibles au sens large du terme, ce qui va au-delà des seuls problèmes de l'accessibilité physique et de la proximité [...] »¹¹⁶.

Il s'agit ensuite d'une recommandation générale émise par le médiateur fédéral sur la question de l'usage grandissant des technologies de l'information et de la communication (les TIC) par les services publics¹¹⁷. Le médiateur fédéral y déclare que : « Le développement de canaux électroniques pour un nombre croissant de formalités administratives s'inscrit dans l'évolution de la société, mais il ne peut avoir pour effet d'exclure certaines catégories de citoyens de l'accès à l'administration et de compromettre ainsi l'égalité de traitement des usagers » et ajoute qu'« aucun citoyen ne peut dès lors être contraint d'utiliser exclusivement la voie électronique pour accomplir les démarches que la réglementation lui impose ».

Il s'agit enfin d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne qui précise que : « l'exercice des droits conférés [...] pourrait être rendu pratiquement impossible ou excessivement difficile pour certains justiciables, et notamment ceux ne disposant pas d'un accès à Internet, s'il

¹¹⁵ Voy. égal. Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Lignes directrices sur la conduite du changement vers la cyberjustice : Bilan des dispositifs déployés et synthèse de bonnes pratiques*, op. cit., p. 11.

¹¹⁶ Charte de l'utilisateur des services publics, Chapitre 1^{er}, 1^{re} section, M.B., 22 janvier 1993, p. 1150.

¹¹⁷ Médiateur fédéral, *Recommandation générale RG 09/01*, disponible sur : <http://www.federalombudsman.be/fr/recommandations/recommandations-generales>, mise à jour le 26 juin 2014.

ne pouvait être accédé à la procédure de conciliation que par la voie électronique »¹¹⁸.

40. Voies alternatives. Si notre définition ne s'oppose pas en tant que tel au recours à la justice robotisée, elle impose cependant le maintien d'une justice plus classique – c'est-à-dire assurée par des juges humains – garantissant une réelle accessibilité des cours et tribunaux aux justiciables les moins à l'aise avec les nouvelles technologies.

CHAPITRE 5. Protection de la vie privée

41. Plan. La mise en place et le fonctionnement correct d'une justice robotisée ne peuvent être envisagés sans la constitution de larges bases de données judiciaires. Ce constat vaut tout particulièrement pour les systèmes de justice robotisée appelés à fonctionner grâce à des réseaux de neurones artificiels.

La première question qui doit être posée est donc celle de l'existence et de la composition desdites bases de données. Force est de constater que la situation belge est peu reluisante sur ce point.

En outre, la mise en place de bases de données judiciaires doit se faire dans le respect du droit à la vie privée des personnes concernées, ce qui ne va pas sans soulever d'importantes difficultés.

SECTION 1. – Le long chemin vers la création de bases de données judiciaires en Belgique

42. Plan. Se poser la question de la constitution de bases de données judiciaires, c'est avant tout s'interroger sur la disponibilité de la jurisprudence produite par l'ensemble des cours et tribunaux. Pour l'écrire clairement : la production jurisprudentielle belge est-elle systématiquement publiée et, dans l'affirmative, par quel(s) moyen(s) et dans quelles proportions ?

¹¹⁸ C.J.U.E., *Rosalba Alassini e.a. c. Telecom Italia SpA*, 18 mars 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, EU:C:2010:146, pt 58.

43. Régimes épars. L'encadrement légal de la publication de la production jurisprudentielle est hétéroclite. Ainsi, trois régimes distincts régissent cette matière.

Premièrement, l'article 114 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle¹¹⁹ impose la publication de l'intégralité des arrêts rendus par la juridiction suprême par le biais de son site internet¹²⁰.

Deuxièmement, l'article 1^{er} de l'arrêté royal relatif à la publication des arrêts et des ordonnances de non-admission du Conseil d'État impose à la juridiction administrative de publier l'ensemble des arrêts qu'elle rend à l'exception des arrêts « prononcés en exécution des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers »¹²¹. Conformément à l'article 1^{er} de l'arrêté ministériel du 3 février 1998¹²², cette publication est assurée par le biais du site internet de la juridiction¹²³.

Enfin, en ce qui concerne la Cour de cassation et l'ensemble des juridictions de l'ordre judiciaire, aucune base légale n'impose la publication de l'intégralité des arrêts et jugements par elles rendus.

Si la publication intégrale des décisions de l'ordre judiciaire n'est pas imposée, l'article 9 de la loi du 10 août 2005 instituant le système d'information Phenix¹²⁴ dispose toutefois que la banque de données de jurisprudence externe – c'est-à-dire la banque de données de jurisprudence accessible au public – contient uniquement les jugements et arrêts préalablement sélectionnés par les juridictions qui les rendent.

L'article 782*bis* du Code judiciaire a été modifié par la loi du 5 mai 2019 (*M.B.*, 16 mai 2019), de façon à permettre l'enregistrement de toutes les décisions judiciaires belges dans une base de données accessible au public. Les modalités de fonctionnement et d'accessibilité de cette base de données restent à définir par le Roi. La création de cette base de données a pour corollaire la limitation du prononcé public des décisions civiles au seul dispositif.

44. Constat. Si l'obligation, respectée dans les faits, de publication de l'intégralité des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle et le Conseil

¹¹⁹ Tel que modifié par l'article 34 de la loi spéciale du 4 avril 2014 portant modification de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 14 avril 2014, p. 32301.

¹²⁰ <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>.

¹²¹ *M.B.*, 8 août 1997, p. 20239.

¹²² Arrêté ministériel du 3 février 1998 déterminant le réseau d'information accessible au public et le support magnétique en vue de la consultation et de l'enregistrement des arrêts du Conseil d'État, *M.B.*, 17 février 1998, p. 4444.

¹²³ <http://www.raadvst-consetat.be>

¹²⁴ *M.B.*, 1^{er} septembre 2005, p. 38305.

d'État est satisfaisante, le manque d'encadrement propre à l'ordre judiciaire pose question et nécessite quelques explications supplémentaires.

Au 1^{er} août 2017, la banque de données de jurisprudence Juridat¹²⁵ contenait 158 509 décisions issues de l'ensemble des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire¹²⁶. Lorsque l'on sait que les seules sections civiles des tribunaux de première instance ont bouclé 125 401 affaires en 2016¹²⁷, le nombre de décisions disponibles sur Juridat apparaît comme totalement dérisoire.

Comment expliquer un tel déficit ? L'absence d'obligation de publier l'ensemble de la production jurisprudentielle issue de l'ordre judiciaire semble à ce titre être le principal facteur d'explication. En outre, l'absence de lignes directrices officielles¹²⁸ quant aux critères devant présider à la sélection des jugements et arrêts qui font l'objet d'une publication, a pour conséquence que chaque juridiction décide de son propre chef quelle décision publier et quelle décision ne pas publier¹²⁹.

45. Conséquences. Le caractère très partiel de la publication de la jurisprudence belge entraîne deux écueils majeurs. Elle crée, dans un premier temps, une atteinte au droit au procès équitable des justiciables. Elle crée dans un second temps, un obstacle majeur à la mise en place d'une justice algorithmique.

L'absence de publication systématique des décisions de justice porte atteinte au droit au procès équitable tel que reconnu par l'article 6 de la CEDH en ce qu'elle réduit le caractère public de la procédure¹³⁰. En effet, et comme cela a déjà été mentionné lors de l'étude de la motivation des

¹²⁵ Nom usuel de la base de données de jurisprudence externe visée à l'article 9 de la loi du 10 août 2005 précitée, accessible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

¹²⁶ Chiffre cité par J.-P. BUYLE et A. VAN DEN BRANDEN, « La robotisation de la justice », *op. cit.*, p. 269.

¹²⁷ Chiffre issu de la brochure *Justice en chiffres 2011-2016*, disponible sur : https://justice.belgium.be/fr/statistiques/justice_en_chiffres, p. 39.

¹²⁸ L'article 9 de la loi du 1^{er} septembre 2005 précitée dispose qu'il revient à un arrêté royal de déterminer les règles de sélection des décisions à publier. Au 1^{er} août 2018, cet arrêté royal n'avait pas encore été adopté.

¹²⁹ Commission de modernisation de l'ordre judiciaire, *La plume, le Pélikan et le nuage : Rapport consacré à la question de la publication des décisions judiciaires*, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁰ En fonction des circonstances propres à chaque affaire, l'absence de publication de la décision de justice peut même entraîner une violation de l'article 6, § 1^{er}, CEDH. Voy. sur ce point : *Werner c. Autriche*, 24 novembre 1997, §§ 56-60 ; *Moser c. Autriche*, 21 septembre 2006, §§ 102-104 ; *Ryakib Biryukov c. Russie*, 17 janvier 2008, §§ 39-49 ; *Fazliyevsky c. Bulgarie*, 16 avril 2013, §§ 66-68.

décisions, la publication permet d'étendre la transparence de la justice au-delà des seules personnes présentes à l'audience¹³¹.

En ce qui concerne la possibilité d'une justice algorithmique, l'absence de publication des décisions de justice constitue un obstacle d'envergure à l'avènement du juge robot. En effet, le recours aux réseaux de neurones artificiels est, comme nous l'avons vu, conditionné à l'existence de bases de données de jurisprudence¹³² sur lesquelles les réseaux de neurones vont pouvoir effectuer leur phase d'apprentissage. Un réseau neuronal fonctionnant sur la base d'un jeu de données biaisé – car ne reflétant qu'une infime partie de la production jurisprudentielle belge – ne pourrait donner de résultats satisfaisants.

SECTION 2. – Bases de données judiciaires et protection de la vie privée

§ 1. Données à caractère personnel

46. Définition. Définie par l'article 4, alinéa 1^{er}, 1^o, du RGPD comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable », la notion de donnée à caractère personnel est extrêmement vaste. Il n'est dès lors pas étonnant de retrouver un grand nombre de ses données au sein des décisions de justice.

47. Mentions obligatoires. Ainsi, lorsque l'article 780 du Code judiciaire impose à tout jugement de mentionner – sous peine de nullité – les noms des membres du siège, du magistrat du ministère public, du greffier, des noms et prénoms des parties ainsi que l'adresse de leur domicile, il impose la mention de nombreuses données à caractère personnel se rapportant tant aux parties qu'aux membres du tribunal.

48. Autres données. Outre les données dont la mention est imposée par l'article 780 du Code judiciaire, de nombreuses autres données – dont certaines considérées comme sensibles au sens de l'article 9 du RGPD – peuvent être présentes dans toute décision de justice. Ainsi, un jugement rendu par le tribunal du travail dans le cadre d'un contentieux relatif à l'application des lois de sécurité sociale pourra-t-il contenir des informations relatives à l'état de santé du demandeur et aux pathologies dont il

¹³¹ Voy. *supra*, n° 4.

¹³² Voy. *supra*, n° 11.

souffre. De la même manière, un jugement faisant application de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination pourra potentiellement contenir des données relatives aux convictions religieuses, politiques ou syndicales des parties. De plus, des données – sensibles ou non – concernant des tiers peuvent également être reprises dans le texte des jugements et arrêts.

Au vu de ce qui vient d'être exposé, la constitution de bases de données de jurisprudence, leur conservation ainsi que leur utilisation ultérieure par des systèmes d'intelligence artificielle présentent un risque non seulement pour la vie privée des justiciables mais également pour celle des membres du tribunal et des tiers.

§ 2. L'anonymisation des décisions de justice : une solution ?

49. Omission des noms et anonymisation. Comment limiter le risque que représentent les bases de données de jurisprudence pour le droit à la vie privée ? Une solution souvent préconisée par les juridictions consiste en la suppression du nom des parties aux litiges. C'est la solution adoptée par la loi du 5 mai 2019, pour la future base de données de jurisprudence belge (art. 782*bis* nouveau). Cette solution semble toutefois insuffisante pour plusieurs raisons¹³³.

Premièrement, et comme cela a déjà été mentionné, un jugement contient bien plus de données à caractère personnel que les simples mentions des noms et prénoms des parties. Bien que l'identité des parties soit moins aisée à découvrir en l'absence de leurs identifiants usuels, la mention au sein du jugement d'autres données telles que leur profession, la localisation du bien qui fait l'objet du litige, l'état de santé, le lieu et l'heure de l'accident... pourront permettre la réidentification de ces personnes¹³⁴.

Deuxièmement, la suppression des noms des parties n'est pas systématique. Ainsi, l'article 9 de la loi du 10 août 2005 se borne à préciser que les décisions contenant des données à caractère personnel sont « en règle générale » anonymisées¹³⁵. Il en va de même pour les décisions du Conseil

¹³³ Pour des publications récentes sur la question, voy. : B. DOCQUIR, « Quelques observations complémentaires sur la publication des décisions », *J.T.*, 2019, pp. 449-452 ; J. MONT, « RGPD : faut-il anonymiser la jurisprudence publiée ? », *J.T.*, 2019, pp. 442-449.

¹³⁴ Voy. sur ce point Groupe de travail Article 29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, adopté le 20 juin 2007, pp. 15-16.

¹³⁵ Il est par ailleurs regrettable de constater que l'arrêté royal devant préciser les modalités d'anonymisation, les exceptions à celle-ci et les modalités d'opposition des personnes concernées à la publication de leurs données n'a toujours pas été adopté.

d'État pour lesquelles la mention des noms est la règle et l'omission de ceux-ci l'exception¹³⁶.

Troisièmement, les parties au litige ne sont pas les seules personnes dont les données à caractère personnel figurent dans le jugement. Comme indiqué précédemment, des informations concernant les membres du tribunal et des tiers seront également présentes dans la décision adoptée.

Enfin, et c'est sans doute là le point le plus problématique, l'anonymisation prétendument réalisée au moyen de l'omission des noms des parties n'en est pas véritablement une au sens du droit européen. En effet, le considérant 26 du RGPD entend définir l'anonymisation comme le procédé qui, appliqué à une donnée à caractère personnel, transforme celle-ci d'une manière telle qu'elle ne permet plus l'identification de la personne concernée¹³⁷. Pour l'écrire plus clairement, une donnée anonyme ne peut en aucun cas – et ce, peu importe les moyens techniques utilisés et les recoupements effectués – permettre de remonter jusqu'à la personne qu'elle concerne.

50. Anonymisation impossible. Au vu de cette dernière remarque, peut-on considérer que la simple omission des noms des parties constitue une réelle anonymisation de la décision à leur égard ? La réponse ne peut être que négative. Comme nous l'avons déjà précisé, d'autres données contenues dans la décision permettront de réidentifier les parties. Poussons le raisonnement plus loin : l'omission de l'ensemble des données à caractère personnel concernant les parties est-elle de nature à anonymiser la décision à leur égard ? La réponse est une nouvelle fois négative. Cette apparente impossibilité d'anonymiser une décision de justice tient à une particularité qui leur est propre, à savoir la conservation de l'original – non anonymisé – de la décision au greffe de la juridiction¹³⁸.

Ainsi, et à moins de ne pas indiquer sur la décision l'identité de la juridiction qui l'a prononcée, le risque est qu'il soit toujours possible de

¹³⁶ Voy. l'article 2 de l'arrêté royal du 7 juillet 1997 précité qui précise que les personnes physiques parties au litige peuvent, jusqu'à la clôture des débats, demander l'omission de leur identité. Voy. égal. l'article 5 du même texte qui prévoit que toute personne physique partie au litige ou tiers intéressé peut, sous réserve de la démonstration de circonstances exceptionnelles inconnues au moment de la clôture des débats, demander l'omission de son nom ou de celui de toute autre personne physique qu'elle désigne.

¹³⁷ Pour de plus amples développements sur l'anonymisation et les processus d'anonymisation, voy. Groupe de travail Article 29, *Avis 5/2014 sur les Techniques d'anonymisation*, adopté le 10 avril 2014. Voy. également F. DUMORTIER, « La sécurité des traitements de données, les analyses d'impact et les violations de données », *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*. Analyse approfondie, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 229-230.

¹³⁸ Art. 757 et 1380 C. jud.

s'adresser au greffe de la juridiction concernée pour demander à consulter la version originale d'une décision publiée sous forme « anonyme ». Si ce risque doit en théorie être réduit par une stricte application des législations protégeant la vie privée par les greffes, il convient de souligner que l'Autorité de protection des données constate qu'il est « assez facile » de retrouver l'identité des personnes concernées « en s'adressant à la juridiction et en demandant à consulter la décision »¹³⁹.

51. Décision anonymisée et juge robot. Au vu de l'ampleur des informations qui devraient être omises – omissions de toute donnée permettant d'identifier les parties ou les tiers, omission de l'identité des juges et de la nature de la juridiction –, il apparaît complexe de procéder à l'anonymisation réelle d'une décision de justice tout en préservant son caractère compréhensible¹⁴⁰. Pour en revenir plus précisément à la question du juge robot, force est de constater qu'une telle décision, ne contenant plus suffisamment d'éléments permettant de comprendre en quoi les spécificités du litige ont amené le juge à appliquer une notion aussi mouvante que l'imprudence ou la faute d'une façon déterminée, serait de très peu d'utilité pour procéder à la phase d'apprentissage d'un réseau de neurone artificiel.

Conclusion

52. Limites du juge robot face aux exigences du procès équitable. On constate donc, au terme de cet examen, que le juge robotisé ne passe pas la barre au niveau du droit au procès équitable et ne peut donc être considéré comme un « tribunal » au sens de la CEDH. La conclusion pouvait apparaître évidente mais notre étude permet à tout le moins de mettre le doigt sur les motifs précis de cette carence.

La question est alors de savoir si on peut admettre que des contestations portant sur des droits civils soient tranchées par un organe qui n'est

¹³⁹ Autorité de protection des données, *Recommandation n° 03/2012 relative aux banques de données de jugements et/ou d'arrêts accessibles à des tiers gratuitement ou contre paiement*, 8 février 2012, p. 7.

¹⁴⁰ L. CADIET, « L'open data des décisions de justice : mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », Rapport remis à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, novembre 2017, pp. 35-36, disponible sur : <http://www.justice.gouv.fr>.

pas un tribunal, au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme.

La réponse à cette dernière question est, en principe, positive. « L'article 6, § 1, s'il consacre le "droit à un tribunal", n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions »¹⁴¹. Mais il est alors indispensable de prévoir une possibilité d'accès ultérieur à un tribunal, doté de pouvoirs de pleine juridiction, pour revoir la décision de l'organe non judiciaire¹⁴². Cette procédure préliminaire n'est admissible que si elle est rapide et peu coûteuse et ne préjudicie pas aux droits des parties, par exemple parce qu'elle interromprait la prescription¹⁴³.

S'il est évidemment impossible de donner un avis sur le coût d'une procédure automatisée qui n'existe pas (encore)¹⁴⁴, il est clair qu'elle sera très rapide¹⁴⁵ (c'est une de ses qualités principales) et ne constituera pas un moyen dilatoire. Dans un tel scénario, le volet numérique de la procédure échapperait aux exigences du procès équitable, sans que cela ne pose de problème si un recours devant une juridiction traditionnelle permet de revoir intégralement l'affaire. Les parties pourraient soumettre leur cas à la machine, puis décider ou non de se satisfaire de sa décision. En cas de refus, elles pourraient alors introduire un recours devant une juridiction ordinaire. Si le choix des parties est vraiment libre, pourquoi pas ? Elles choisiraient en connaissance de cause un mode de décision rapide et plus ou moins efficace, selon les performances du système, répondant à certaines garanties, similaires ou différentes de celles du procès équitable. Le risque est cependant que des incitants multiples poussent les parties à

¹⁴¹ *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 51.

¹⁴² *Zumtobel c. Autriche*, 21 septembre 1993, § 29 ; *Bryan c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 40 ; *Helle c. Finlande*, 19 décembre 1997, § 46 ; *Gautrin et autres c. France*, 20 mai 1998, § 57 ; *Lauko c. Slovaquie*, 2 septembre 1998, § 64 ; *Kilian c. République tchèque*, 7 décembre 2004, § 27 ; *Paroisse gréco-catholique Sambata Bihor c. Roumanie*, 12 janvier 2010, § 68 ; *Fazia Ali c. Royaume-Uni*, 20 octobre 2015, § 75.

¹⁴³ C.J.U.E., *Rosalba Allassini e.a. c. Telecom Italia SpA*, 18 mars 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, EU:C:2010:146, pt 65.

¹⁴⁴ *Voy. supra*, n^{os} 31 et 35.

¹⁴⁵ *Voy. supra*, n^o 33.

se limiter à ce mode de règlement des conflits, provoquant des atteintes potentielles à leurs droits.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'est pas le seul obstacle à la mise en place de juridictions automatisées. L'article 22 du RGPD permet également de s'opposer à toute « décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». On peut y voir une interdiction de principe de toute forme de justice robotisée, sauf consentement de toutes les parties intervenantes. Mais le second alinéa de l'article 22 prévoit une exception lorsque ce système est autorisé « par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ». Une intervention législative pour légaliser l'existence de juridictions robotisées est donc possible, moyennant des mesures d'accompagnement garantissant le respect des intérêts légitimes du justiciable. La mesure ultime est évidemment le droit de recours devant un juge humain, également nécessaire pour assurer le respect du droit au procès équitable. Mais, vu les nombreux problèmes soulevés dans cette étude, on peut légitimement se demander si cette simple faculté suffira à garantir les droits du justiciable. On songe notamment à la difficulté d'expliquer le cheminement du raisonnement de la machine, dans les systèmes neuronaux artificiels. Comment apprécier l'opportunité d'un recours devant un juge humain si on ne connaît pas les motifs de la décision ?

53. Vers de nouveaux droits fondamentaux dans le monde numérique. Cela dit, le modèle classique du procès équitable est ébranlé par le monde numérique. On voit apparaître de nouvelles procédures de règlement des conflits, qui sortent totalement des schémas traditionnels. A. Garapon et J. Lassègue¹⁴⁶ décrivent ainsi un nouveau mode d'arbitrage en ligne dénommé « Kleros – the justice protocol »¹⁴⁷. Des personnes en litige exposent les données de leur problème et produisent leurs preuves. Le tout est soumis en ligne à différents « jurés », en fait des arbitres, préalablement inscrits sur le site et choisis par la machine. Ces arbitres ne forment pas un vrai jury parce qu'ils sont consultés isolément. La solution du litige sera celle qui correspond à l'avis de la majorité des arbitres. Seuls les majoritaires sont rémunérés, alors que les minoritaires perdent

¹⁴⁶ A. GARAPON et J. LASSÈGUE, *Justice numérique*, op. cit., p. 204.

¹⁴⁷ <http://kleros.io/>. Le mécanisme est expliqué sur la vidéo suivante : https://www.youtube.com/watch?v=NuSps_2wMQ4.

des points de réputation. Le but est d'éviter ainsi les décisions malhonnêtes ou tendancieuses et de favoriser la cohérence de la « sentence ». Ce modèle juridictionnel peut paraître assez aberrant, du point de vue du procès classique. L'idée que la rémunération du juge dépende de la qualité de son travail juridictionnel heurte de front le principe de l'indépendance de la justice. Au premier abord, le procès équitable est donc malmené. Et pourtant, il n'est pas absent mais apparaît sous une forme totalement atypique. C'est par l'incitant de la rémunération que les arbitres sont invités à agir de manière impartiale. Puisque les arbitres ne se connaissent pas et n'ont aucun moyen de se connaître (ils sont tirés au sort par la machine), l'arbitre qui se montre partial doit savoir qu'il prend un risque de rendre une décision minoritaire, puisque la majorité sera probablement impartiale. Si tous les arbitres raisonnent de la même manière, l'intégrité du jury est préservée. Par contre, toute décision comporte toujours une part de subjectivité et celui qui a la malchance de ne pas voir son avis partagé par les autres risques d'être pénalisé.

Cet exemple, qui ne fait d'ailleurs pas appel à une forme de justice automatisée, doit nous inviter à questionner le principe du procès équitable. Plusieurs auteurs militent pour la création de nouveaux droits fondamentaux, plus adaptés au monde numérique¹⁴⁸. Le but n'est pas d'abaisser la protection du citoyen mais au contraire d'éviter que les acteurs du monde numérique ne passent entre les mailles du filet, profitant des limites des droits fondamentaux classiques.

À cet égard, il est frappant de constater que le concept de transparence est mentionné dans beaucoup d'études comme une condition de validité fondamentale de tout système de décision automatisé. Il est transversal et recoupe des droits divers tels que l'obligation de motivation du jugement, l'indépendance et l'impartialité du juge ou encore la publicité des audiences. Le caractère observable et vérifiable du processus judiciaire est présent depuis toujours dans le concept du procès équitable mais les défis posés par la justice algorithmique invitant à une attention accrue, du fait du caractère particulièrement opaque de la procédure (particulièrement en ce qui concerne les réseaux neuronaux artificiels). La transparence résume ainsi en un concept unique différentes préoccupations des droits

¹⁴⁸ H.-Y. LIU et K. ZAWIESKA, « A New Human Rights Regime to Address Robotics and Artificial Intelligence », disponible sur : <http://www.werobot2017.com/wp-content/uploads/2017/03/Liu-A-New-Human-Rights-Regime-to-Address-Robotics-and-Artificial-Intelligence.pdf> ; voy. aussi le rapport du Conseil d'État français, « Le numérique et les droits fondamentaux », disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000541.pdf>.

fondamentaux en matière processuelle et devient l'une des exigences fondamentales de l'univers de la justice numérique.

54. Quelle sera la réaction du justiciable ? Mais la question finale est la suivante : le justiciable est-il prêt à une justice sans être humain ? La thèse de certains auteurs est que le justiciable préférera les limites et imperfections du juge humain à celles du robot¹⁴⁹. À supposer que ce soit exact (certains préféreront sans doute la rapidité et la cohérence de la machine), il n'est par contre pas certain que les impératifs du procès équitable soient prédominants dans ce choix. Le public sera-t-il plus sensible au fait que le juge robot pose des problèmes en termes de droits fondamentaux ou, plus simplement, à l'importance du contact humain qui se noue entre le juge et le justiciable ? « La justice digitale nous invite à repenser la place de l'humanité dans la justice, ce qui est difficile car cela nous oblige à justifier la faillibilité de l'homme – des juges, en l'occurrence – et à légitimer le droit d'imposer un contact humain. [...] La faillibilité des hommes n'est défendable que par son aspect positif qu'est la possibilité d'un bien que seul l'homme peut délivrer, d'une qualité qui est inaccessible aux machines. Ce bien, c'est la capacité authentiquement humaine de promettre, de s'engager à se changer soi-même. [...] De la même manière que la répétition à l'identique supprimait la plasticité de la norme, la rigidification de l'audience dans des formes digitales retire aux relations humaines toute surprise, toute évolution qui caractérisent l'humanité et font du procès un événement. En politique aussi bien que dans les prétoires, la finalité de l'humanité n'est pas le retour au même mais bien la capacité de changer, d'organiser l'avenir et de construire un monde plus juste »¹⁵⁰. Les ennemis les plus opiniâtres du juge algorithmique ne sont pas les juges, ce sont les philosophes¹⁵¹.

¹⁴⁹ T. CAPETA, « Of Judges and Robots », *Liber amicorum Marko Ilešić – Challenges of Law in Life Reality*, Ljubljana, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 2017, pp. 129 et s., disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3109512>.

¹⁵⁰ A. GARAPON et J. LASSÈGUE, *Justice numérique*, op. cit., pp. 347-348.

¹⁵¹ J. FIERENS, « Ce qu'Aristote et quelques autres pensaient des ordinateurs, des avocats et des juges », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde – Liber Amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 387 et s.