

« L'open data des décisions de justice et leur traitement algorithmique vont-ils modifier le rôle de la jurisprudence en France ? »

Estelle FOHRER-DEDEURWAERDER, Maître de conférences habilitée à diriger des recherches en droit privé, Université Toulouse 1 Capitole

Mots clés : jurisprudence, source de droit, open data des décisions de justice, France, règle prétorienne, barème, juges du fond et juges du droit

Avec l'amélioration des capacités de stockage et de traitement des données, on observe partout dans le monde une augmentation massive et inédite de leur production. Ces données sont fondamentales pour le processus d'apprentissage automatique des algorithmes, qui permet à l'intelligence artificielle de se développer. Ce constat qui est le même pour toutes les données, pose toutefois des interrogations spécifiques pour les décisions de justice, compte tenu de leurs auteurs (les juridictions) et de leur objet (les droits des justiciables). C'est pourquoi leur accessibilité par le public, sous forme d'*open data*, décidée récemment en France, peut susciter quelques inquiétudes.

L'ouverture des décisions de justice au public est en réalité ancienne en France, même si elle n'avait jamais concerné l'ensemble des décisions ; elle répond au **principe de publicité de la justice**, qui relève d'une longue tradition française et aujourd'hui, de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹. Bien avant l'apparition du numérique, les décisions des juridictions suprêmes ont été diffusées par le biais de Bulletins ou de Recueils², contribuant à développer une jurisprudence source de droit. Avec le numérique, le mouvement de diffusion s'est toutefois accéléré. Après une organisation timide au début des années 1980, un décret n° 2002-1064 du 7 août 2002, *relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet*, a organisé la mise à disposition gratuite du public de **certaines décisions** sur un site internet dédié : *legifrance.gouv.fr*. Ont ainsi été portées à la connaissance de tous, les décisions des juridictions suprêmes et quelques-unes des juges du fond, sélectionnées pour leur apport à la compréhension du droit.

C'est dans ce contexte que la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *Pour une République numérique*, qui vise les données détenues par les administrations publiques, a annoncé l'*open data* des données que constituent chaque année les 3,9 millions de décisions de justice françaises. Ses articles 20 et 21³ sont

¹ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement (...). Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public (...) dans 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 ».

² Pour les décisions de la Cour de cassation : Arrêté du 28 vendémiaire an V (19 octobre 1796) ; pour les décisions du Conseil d'Etat, la diffusion a été organisée après la Seconde guerre mondiale par la publication du *Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux*.

³ Selon l'article 20, les jugements des juges administratifs « sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes. Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces

ainsi le fruit d'un double mouvement : l'un général et récent de diffusion large des données des administrations publiques ; l'autre ancien et propre à la justice, d'ouverture sans limite de la jurisprudence française au public.

Pour la mise en œuvre de cet *open data*, le gouvernement devait adopter plusieurs décrets. A cette fin, il a mis en place une Commission de réflexion, laquelle a fait plusieurs propositions dans un rapport déposé le 9 janvier 2018⁴. En particulier, le rapport a souligné l'importance de **garantir le respect de la vie privée des personnes** et de procéder en amont à une analyse permettant de pointer le risque de leur réidentification. Il a également préconisé **l'anonymisation des magistrats** afin d'éviter les pressions dont ils pourraient faire l'objet. En dernier, la loi de 2016 a été complétée par une loi n° 2019-2022 du 23 mars 2019, et par un décret n° 2020-797 du 29 juin 2020. Selon ce décret, l'*open data* des décisions de justice doit être réalisé sur un portail internet placé sous l'égide du Ministère de la Justice, mais son organisation relèvera de la compétence des juridictions suprêmes qui devront sélectionner les décisions « *selon les modalités propres à chaque ordre de juridiction sur leur site internet respectif* »⁵. Tenant compte des préconisations de la Commission de réflexion, le décret précise aussi que seules les décisions rendues publiquement seront accessibles immédiatement, la diffusion des autres étant soumise à autorisation ou limitée à leur dispositif afin de garantir la sécurité et la vie privée des personnes concernées. Dans tous les cas, les éléments qui permettent de les identifier devront être occultés pour préserver leur anonymat⁶. Quant aux données d'identité des magistrats, elles ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation dans le but « *d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées* »⁷.

Phénomène important pour les praticiens du droit qui vont avoir accès à une mine d'informations sur la manière de juger des juges du fond, l'*open data* va constituer une source d'informations importante pour « prédire » la justice **grâce au traitement algorithmique**, lequel a été autorisé par la loi n° 2018-

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

Selon l'article 21, « (...) *Sans préjudice des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées. Cette mise à disposition du public est précédée d'une analyse du risque de ré-identification des personnes. Les articles L. 321-1 à L. 326-1 du code des relations entre le public et l'administration sont également applicables à la réutilisation des informations publiques figurant dans ces décisions. Un décret en Conseil d'Etat fixe, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article ».*

⁴ <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/remise-du-rapport-sur-lopen-data-des-decisions-de-justice-31165.html>

⁵ Art. 7 du décret.

⁶ Art. 33, II, 1°, al. 2 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : « *les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans le jugement, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe* ».

⁷ Art. 33, II, 1°, al. 3 de la loi précitée. La violation de cette interdiction est passible de sanctions pénales.

493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles⁸ sous réserve de ne pas permettre la réidentification des personnes concernées. L'*open data* des décisions de justice, conjugué avec un traitement algorithmique de celles-ci, risque dès lors de **révolutionner la jurisprudence** telle qu'elle est perçue en France. En effet, contrairement au droit russe où la jurisprudence n'est pas considérée comme une source de droit⁹, le droit français reconnaît implicitement, mais immanquablement, que le juge est plus que la « *bouche qui prononce les paroles de la loi* » pour reprendre l'expression fameuse de Montesquieu¹⁰. Certes les articles 5 et 1351 du Code civil – qui datent de 1804 – font obstacle à la création de règles jurisprudentielles, le premier texte en prohibant les arrêts de règlement (c'est-à-dire les décisions qui disposent par voie générale et réglementaire), le second en conférant une portée relative à l'autorité de chose jugée qui résulte de la décision. Mais depuis la fin du XIX^{ème} siècle, les juges ont progressivement été amenés à créer des règles. Le juriste russe doit se demander comment ! Selon l'article 4 du Code civil français, le juge ne doit pas « *refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* » sous peine de commettre un déni de justice. Dès lors, chaque fois que la loi ne lui offre qu'une règle incomplète ou incompréhensible, il est amené à la préciser ou à l'explicitier. Cette interprétation ne vaut que pour le litige dont il a été saisi. Mais, confrontés à la même difficulté, d'autres juges reprendront cette même interprétation¹¹ et par le jeu de la répétition, se dégage une règle prétorienne, de portée générale. Plus encore, lorsque la loi est silencieuse, le juge qui ne peut refuser de juger, forge de toute pièce cette règle lui permettant de trancher le litige, règle amenée à se répéter lorsqu'elle est connue des autres juges.

Bien qu'il existe en France plusieurs définitions de la jurisprudence, toutes mettent l'accent sur l'existence d'un « *phénomène qui dépasse la dimension particulière de la décision de justice pour embrasser un ensemble plus large* »¹². Or, si traditionnellement ce sont les décisions des juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels (Cour de cassation pour l'ordre juridictionnel judiciaire et Conseil d'État pour l'ordre juridictionnel administratif) qui sont considérées comme formant la jurisprudence, **le traitement algorithmique de l'*open data* de toutes les décisions de justice conduira sans doute au développement d'une « autre jurisprudence »**¹³ : celle des juridictions inférieures, ou plutôt au développement d'autres « jurisprudences » car elles seront nécessairement plurielles. Le traitement algorithmique des décisions des juges du fond qui étaient jusque-là, et pour l'essentiel, inédites, va ainsi révéler les tendances d'un tribunal ou celles d'une région de France, ce qui augmentera sans doute le *forum shopping*. Mais, **est-ce que l'accès des acteurs du doit et des citoyens**

⁸ Cette loi reprend en substance le Règlement général sur la protection des données adopté par l'Union européenne.

⁹ Article 3 du Code civil de la Fédération de Russie.

¹⁰ De l'Esprit des lois, 1777 Garnier 1.djvu/501 : « *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ».

¹¹ Il s'agit d'une simple faculté, le juge n'étant jamais contraint de reprendre les décisions des juridictions supérieures ou plus anciennes. Le système anglo-saxon du *precedent* ne trouve pas à s'appliquer en France.

¹² P. Deumier, « Une autre jurisprudence », *JCP* 2020, Étude 277.

¹³ *Ibidem*

à l'ensemble des décisions va venir modifier le rôle de la jurisprudence au sens où on l'entend en France ? C'est l'interrogation à laquelle nous proposons de répondre en hommage à l'Université Koutafine qui fête cette année ses 90, ans en analysant d'abord les pratiques et tendances des juges du fond qui ressortiront du traitement algorithmique de leurs décisions (I) puis les réformes que les Hautes juridictions ont entamées afin de s'adapter à l'*open data* des décisions (II).

I/ Les pratiques et tendances des juges du fond, sources de droit ?

Selon le rapport de la Commission nommée par le gouvernement¹⁴, l'*open data* des décisions présentera le mérite de **mieux comprendre les pratiques juridictionnelles et les tendances jurisprudentielles** des juges du fond, qui sont aujourd'hui difficiles à appréhender faute de diffusion et d'analyse doctrinale.

Mais, peut-on assimiler ces pratiques et tendances à la jurisprudence au sens de création d'une règle de droit ? Il est probable que ces tendances s'arrêteront aux aspects factuels des litiges car peu nombreuses sont les décisions des juges du fond qui accéderont au rang de celles jouant un rôle normatif. En d'autres termes, si le traitement algorithmique des décisions figurant dans l'*open data* développera peut-être une jurisprudence du cas (A), il risque de décevoir celui qui pense pouvoir y déceler l'émergence immédiate de règles prétorienne (B).

A/ Vers le développement d'une jurisprudence du cas ?

Sans envisager la possibilité pour le système d'intelligence artificielle de rendre lui-même la décision de justice, ni de prédire celle qui sera rendue par le juge¹⁵, l'*open data* des décisions de justice, permettra, demain, de **mieux cerner la jurisprudence des juges du fond**. De manière générale, **la prévisibilité** participe au **désengorgement des tribunaux** car les justiciables qui connaissent leur chance de succès devant le juge s'en détournent au bénéfice des modes alternatifs de règlement des conflits (tels que la médiation). Le traitement algorithmique des décisions de justice pourra ainsi informer les justiciables sur la durée et le coût prévisibles d'une procédure ou encore sur les taux de rejet d'une demande devant un tribunal donné. Inversement, la connaissance des pratiques juridictionnelles risque d'entraîner une surenchère de l'argumentation, c'est-à-dire « *une survalorisation de l'analogie et de la distinction du cas* »¹⁶ à l'instar des méthodes de *Common law*... La prévisibilité entraîne alors une augmentation du contentieux chacun cherchant à convaincre en

¹⁴ Cité *supra*.

¹⁵ Les traitements algorithmiques permettent d'établir des probabilités sur l'issue d'un litige, mais ne prédisent pas le résultat dans une affaire donnée. C'est pourquoi, plutôt que de « prédictivité », les juristes français préfèrent parler de « prévisibilité » ou de « probabilité ».

¹⁶ P. Deumier, « Une autre jurisprudence ? » : *art. précit.*, n° 6.

s'appuyant sur les décisions de justice qu'il aura pu découvrir dans l'*open data* et qui auront été isolées grâce au traitement algorithmique.

Au-delà de cette question qui relève de l'analyse économique du droit, l'ouverture des décisions de justice au public conduira d'abord à mettre en évidence les divergences entre les juridictions ou régions de France. Puis par un effet de balancier, leur traitement algorithmique devrait **encourager la convergence** car plus les données disponibles seront abondantes, plus le résultat sera fiable et devrait convaincre les magistrats de gommer les différences. Le traitement algorithmique des décisions promet par exemple de **dégager une certaine rationalité** s'agissant des évaluations chiffrées¹⁷. Cette « jurisprudence du chiffre » ne manque pas de faire échos au rôle **des barèmes** (ou échelles) qui ont déjà été proposés (souvent par des organismes privés) pour fixer de manière harmonisée les réparations dans les contentieux relatifs à la responsabilité civile ou les prestations compensatoires dans les contentieux de divorce. Un barème, tout comme le résultat issu du traitement algorithmique des décisions des juges du fond, est un standard proposé à partir de l'analyse d'une pluralité de décisions intervenues sur le même problème (ici chiffré) afin de guider le juge dans sa propre appréciation. En France, il existe au moins une vingtaine de barèmes, mais leur contenu n'est généralement pas connu du public. Cependant si demain ce standard est dévoilé du fait de l'*open data* des décisions de justice, les justiciables n'hésiteront pas à l'invoquer chaque fois qu'il va dans le sens de leurs intérêts. En conséquence, le juge devra expliquer pourquoi il s'en éloigne dans le cas d'espèce ou au contraire, pourquoi il s'y plie alors que la situation litigieuse mériterait un traitement différencié. A défaut, sa décision encourra la censure de la juridiction suprême car les juges du fond ont l'obligation de répondre aux conclusions des parties. En outre, la Cour de cassation sanctionne les juges qui fondent directement leur décision sur un barème¹⁸ car un barème n'est pas une règle de droit¹⁹ et on peut légitimement penser qu'elle censurera de la même manière la décision qui se fonde directement sur le résultat de l'analyse algorithmique car ce résultat, fut-il le fruit de la jurisprudence des juges du fond, ne devrait pas davantage être considéré comme une norme.

Au surplus, les juges du fond ne renonceront pas facilement à leur pouvoir souverain d'appréciation des faits quand bien même certains justiciables, à n'en pas douter, préfèrent l'objectivité mathématique à la subjectivité judiciaire : « *le public est plus rassuré par une vérité établie mathématiquement et scientifiquement que par une décision humaine, fut-elle entourée de garanties procédurales* »²⁰. La prévisibilité est donc loin d'être acquise car les tendances et pratiques des juges du fond sont, et devraient rester **rétives** à la systématisation et à l'uniformisation. Leur pouvoir souverain d'appréciation des faits risque en effet de faire obstacle au développement d'une jurisprudence du cas.

¹⁷ Pour une première utilisation du traitement automatisé de données à caractère personnel pour améliorer la prévisibilité des décisions rendues en matière de réparation du préjudice corporel : décret n° 2020-356 du 27 mars 2020. Ce traitement, appelé DataJust est placé sous l'autorité du ministère de la justice.

¹⁸ Cass, 1^e civ, 23 octobre 2013, n° 12-25.301.

¹⁹ Il existe une exception concernant un référentiel indemnitaire pour les dommages corporels, qui a été élaboré en 2005 dans un rapport du Président de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation. V. M. Robineau, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices » : *JCP*, 2010, doct. 612.

²⁰ A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive » : *JCP* 2017, doct. 31, n° 18.

B/ Quid d'une jurisprudence du droit ?

Par principe, les interprétations de la loi par les juges du fond n'engendrent pas de règles prétorienne car elles sont plurielles alors que la règle de droit, par sa généralité, est unique. Mais, est-ce que l'*open data* des décisions de justice et leur traitement algorithmique ne vas pas changer les choses ? Selon un auteur²¹, la jurisprudence qui se dégagera des décisions des juges du fond ne pourra jamais que porter sur le fond et, même si elle fait l'objet d'une analyse algorithmique, elle demeurera « indicative » et « plurielle » compte tenu du nombre de juridictions inférieures.

En France, le rôle des juges du fond est en effet d'apprécier les faits au regard des lois qui leur sont applicables. S'il leur arrive d'interpréter la loi pour son application, cette interprétation est largement **influencée par la situation concrète** (appréciation *in concreto*), ce qui explique la difficulté d'en dégager une règle générale. Et, à supposer qu'il en aille autrement dans un cas donné, leur interprétation *in abstracto* de la loi revêtira nécessairement une forme de **précarité** tant qu'elle n'aura pas reçu l'aval de la Haute juridiction et *in fine*, c'est la décision de cette dernière qui deviendra seule source de droit.

Toutefois, pour certains auteurs, alors qu'hier la jurisprudence n'était fixée qu'une fois interrogée l'une ou l'autre juridiction suprême, demain grâce à l'*open data*, elle pourra l'être dès que le problème se posera devant les juges du fond, appelés à être imités par les autres. Le traitement algorithmique permettra en effet de dégager des tendances « normatives », notamment quand les décisions des juges du fond sont les premières à mettre en œuvre une loi nouvelle ou à proposer une nouvelle interprétation d'un texte ancien afin de tenir compte de l'évolution de la société, de la technique ou de la science. A l'opposé, d'autres auteurs soulignent cependant que l'*open data* n'apportera rien de plus au processus de création des règles jurisprudentielles puisque ces décisions débiteront simplement le long chemin que parcourt une solution jurisprudentielle avant de devenir effectivement une règle de droit du fait de sa consécration par les juridictions suprêmes. Elles initient certes la règle jurisprudentielle, mais n'auront jamais que ce rôle d'initiative, de proposition, même lorsqu'elles sont portées immédiatement à la connaissance du public car les juges du fond n'ont pas le poids de l'autorité que possèdent les juridictions suprêmes. Tout au plus, peut-on espérer que la connaissance de leurs décisions offrira une meilleure compréhension de celles, de principe, des juridictions suprêmes.

En vérité, que la connaissance des décisions des juges du fond permette de mieux comprendre la règle prétorienne dégagée par la juridiction suprême ou d'enclencher le processus d'imitation par les autres juges, le problème réside dans **leur visibilité**²² ; il faut que le traitement algorithmique soit éduqué à cette fin. Or on peut raisonnablement en douter car les décisions des juges du fond ayant un rôle dans l'élaboration d'une nouvelle règle de droit risquent soit de se trouver noyées dans le nombre, soit de

²¹ P. Deumier : *art. précit.*

²² « la surcharge d'informations difficilement exploitables et non hiérarchisées masquerait à l'utilisateur l'information utile actuellement disponible dans le cadre de canaux de diffusion du droit pourtant plus limités » (§ 13 du Rapport)

se trouver évincées par le système algorithmique qui lui préférera les jugements d'habitude : seul, parce que premier à dégager une solution nouvelle, le jugement novateur ne fera pas le poids face aux autres.

Si l'*open data* ne paraît pas bouleverser le rôle des juges du fond en les transformant en nouvelle machine à faire le droit, il devrait néanmoins conduire la Cour de cassation et le Conseil d'Etat à s'intéresser davantage à leurs pratiques et tendances et à en faire état, si besoin, dans leur propre décision. Cette prise en compte assurera, à tout le moins, une meilleure prévisibilité de leur jurisprudence source de droit et permettra d'anticiper la réception, par les juges du fond, des règles prétorienne. Au-delà, l'*open data* renouvellera-t-il le rôle du juge du droit ?

II/ Vers un renouvellement du rôle du juge du droit ?

Depuis quelques années, les deux Juridictions suprêmes françaises ont entamé une mutation qui, selon la Première Présidente de la Cour de cassation, serait l'une des conséquences de l'ouverture des décisions de justice au public²³. Clairement annoncée par la Cour de cassation, elle n'en est pas moins réelle pour le Conseil d'Etat²⁴. Va-t-elle pour autant avoir pour effet de modifier leur rôle traditionnel de juge du droit ?

Classiquement, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont saisis à l'occasion d'un litige dans lequel se pose une difficulté d'interprétation ou d'application d'une règle de droit ; leur **fonction est donc juridictionnelle** même si, à cette occasion, ils ne se prononcent que sur les aspects juridiques du litige dans le but **d'unifier le droit en France**. L'*open data* des décisions de justice, sans renouveler leur rôle d'unification du droit, les a incités à améliorer ce rôle (A). Il a également conduit la Cour de cassation à assumer pleinement son **rôle créateur de droit** (B).

A/ Un rôle d'unification du droit amélioré

En 2019, la Haute juridiction de l'ordre judiciaire a mis en chantier plusieurs réformes internes. En particulier, elle a affirmé sa **volonté de rendre ses décisions plus accessibles au public**. Leur accès n'est certes pas récent, mais leur accessibilité devait être améliorée, d'abord avec un meilleur signalement de celles jugées importantes, et ensuite avec une meilleure compréhension de celles-ci.

Habituellement, c'est le mode de publication choisi par la Haute Juridiction pour diffuser sa décision qui en marque l'importance. Plus celle-ci est jugée importante pour le droit, plus elle est signalée par une publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (P), au Bulletin d'information de la Cour

²³https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premiere_presidente_9506/reglementees_droit_43868.html

²⁴ V. notamment Cour de cassation : *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*, décembre 2018. Une réflexion semblable a été menée par le Conseil d'Etat : *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, 24 janvier 2017

de cassation (B), et/ou par l'analyse qui lui est consacrée par la Cour elle-même dans son Rapport annuel (R)²⁵. Un mécanisme semblable existe pour les arrêts du Conseil d'Etat. Les décisions les moins importantes, celles qui n'ajoutent rien au droit, sont ainsi dépourvues de mentions. Mais à partir du moment où les décisions des juridictions suprêmes n'échappent pas à l'*open data*, un nouveau mode de hiérarchisation est envisagé afin qu'au sein de l'*open data* puissent être isolées celles qui sont déterminantes pour le droit.

L'accessibilité d'une décision se manifeste également par sa compréhension. C'est pourquoi la rédaction des décisions des juges du droit devait être corrigée. Davantage tournées vers les professionnels du droit, les arrêts étaient jusque-là rédigés en une phrase unique, truffée d'« *attendu que* » pour la Cour de cassation et de « *considérant que* » pour le Conseil d'Etat. Désormais, c'est le style direct qui a été consacré. Pour la Cour de cassation, cela se traduit par l'utilisation de phrases simples, séparées par des paragraphes numérotés et organisés en parties. Avec ce nouveau style rédactionnel, ce sont toutes les personnes (même non-juristes) qui doivent comprendre ses arrêts. Son rôle d'unification du droit devrait de ce fait s'en trouver perfectionné.

La simplification des arrêts des juridictions suprêmes doit également permettre de mieux comprendre le **contrôle de proportionnalité** qu'elles ont récemment développé²⁶. Lorsqu'elles exercent un contrôle de conformité de la loi française à la Convention européenne des droits de l'homme, elles vérifient en effet si « *un juste équilibre* » a été ménagé entre l'intérêt général et les droits individuels, s'il existe un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* » ou encore si « *les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés* ». Ainsi, bien que juges du droit, elles apprécient *in concreto* si l'application de la loi, dont la validité n'est pas nécessairement remise en cause, n'entraîne pas, **au regard des circonstances de l'espèce**, une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par la Convention. Autrement dit, alors que classiquement leur contrôle se faisait *in abstracto* et se justifiait par leur rôle d'unification du droit sur le territoire national, elles acceptent désormais de tenir compte des faits de l'espèce. L'*open data* leur impose donc de marquer la différence entre ces décisions-là, et les autres puisqu'elles s'éloignent de leur rôle traditionnel.

Parallèlement, la Cour de cassation n'hésite cependant plus à affirmer que certaines de ses décisions sont normatives²⁷.

B/ Un rôle créateur du droit assumé

Lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 2019, l'ancien Premier Président de la Cour de cassation avait affirmé que le juge judiciaire a « *un pouvoir normatif efficient : il crée la norme en marge ou à partir des textes* »²⁸. Avec l'*open data*, il faut cependant que cette norme soit

²⁵ Ce Rapport se rapproche des Avis spéciaux des Cours supérieures russes, prévus par l'article 126 de la Constitution de la Fédération de Russie et les articles 2 et 5 de la loi constitutionnelle fédérale N° 3-FKZ du 5 février 2014 sur la Cour Suprême de la Fédération de Russie.

²⁶ Cass, 1^e civ, 4 décembre 2013, prv n° 12-26.066 ; CE, ass, 31 mai 2016, n° 396848, « Gonzalez-Gomez ».

²⁷ En ce sens, J. Bonnet, « La politique de rupture de la Cour de cassation », *JCP* 2019, Etude 903.

²⁸ www.courdecassation.fr

immédiatement identifiable et comprise. C'est donc pour « *asseoir le rôle normatif de la Cour* »²⁹ que la méthode de la motivation enrichie³⁰ a été déployée. Cette méthode ne concerne ainsi que les décisions qui constituent un revirement ou un inflexissement de jurisprudence, celles qui tranchent une question de principe ou dont la solution présente un intérêt pour le développement du droit ou l'unité de la jurisprudence. Mais, elle concerne également celles qui recourent à un contrôle de proportionnalité car pour ces dernières, il importe que la Cour de cassation explique que la solution dégagée ne vaut qu'en considération des circonstances de l'espèce. Pour les autres au contraire, l'idée est bien de les rendre plus lisibles et plus compréhensibles (en exposant par exemple les études d'impact qui ont été faites en amont ou l'audition d'un éventuel *amicus curiae*) dans la mesure où elles véhiculent des règles prétoriennes³¹.

Du fait de l'*open data* des décisions de justice, la Cour de cassation ne pouvait plus continuer à avancer masquée en créant des règles prétoriennes sans que le public en soit informé. L'*open data* présente ainsi le mérite de permettre à chacun de connaître immédiatement ces règles et d'adapter son comportement en conséquence. A cet égard, il contribue à ce que les hautes juridictions assument pleinement le rôle normatif qu'elle se sont arrogé depuis plus d'un siècle et il s'agit bien là d'une évolution. La jurisprudence source de droit marche désormais à découvert.

²⁹ Ch. Arens, Première présidente de la Cour de cassation, Entretien publié au *JCP*, 2020, 373.

³⁰ La motivation enrichie doit contenir une explicitation de la méthode d'interprétation suivie ; une mention des solutions alternatives non retenues, des précédents jurisprudentiels ou des études d'incidence réalisées ; des précisions relatives à ce qui reste à juger, le cas échéant. Pour une analyse, v. P. Deumier, « Motivation enrichie : bilan et perspectives » : *D.* 2017, p. 1783

³¹ Pour une critique dénonçant le fait que la motivation enrichie ne permet toujours pas de comprendre les ressorts d'une jurisprudence, même si on en connaît la généalogie grâce aux références faites aux précédentes décisions : N. Molfessis, « Le chameau vu pour la première fois » : *JCP*, 2019, act. 528.