

Chronique de jurisprudence des droits numériques 2019-2020

Alexandre Labbay et Morgan Pénitot



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/8178>

DOI : [10.4000/crdf.8178](https://doi.org/10.4000/crdf.8178)

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 9 septembre 2021

Pagination : 161-166

ISBN : 978-2-38185-028-3

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Alexandre Labbay et Morgan Pénitot, « Chronique de jurisprudence des droits numériques 2019-2020 », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 01 mai 2022, consulté le 04 avril 2023. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/8178> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.8178>

Chronique de jurisprudence des droits numériques 2019-2020

Alexandre LABBAY

Doctorant en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

Morgan PÉNITOT

Doctorant en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. Le risque de sur-modération peut porter atteinte à la liberté d'expression
 - A. L'utilisation du risque de sur-modération par le Conseil constitutionnel
 - B. La résistance du critère de la sur-modération aux critiques doctrinales
 - C. L'adaptation du législateur au risque de sur-modération

 - II. *Open data* des décisions de justice et occultation des données d'identité des personnes concernées par les décisions
 - A. Une protection satisfaisante des données d'identité des parties et des tiers
 - B. Une protection relative des données d'identité des professionnels de justice
 1. L'absence d'un principe d'occultation des données d'identité des magistrats et des membres du greffe
 2. Les avocats : oubliés du régime de l'occultation ?

Le 9 mars 2021, la Commission d'enrichissement de la langue française a officiellement désigné le terme « numérique » comme équivalent du terme anglophone « *digital* »¹. Ce dernier se définit comme l'« [e]nsemble des disciplines scientifiques et techniques, des activités économiques et des pratiques sociétales fondées sur le traitement de données numériques »². Le processus de traitement automatisé de données peut se diviser en deux étapes : la mise à disposition de données en masse permettant d'alimenter le traitement et le traitement des données en lui-même. Ces

deux aspects présentent des enjeux juridiques différents. Cette chronique analysera chacun de ces aspects au travers d'un exemple choisi parmi les nombreuses évolutions intervenues ces deux dernières années : la régulation de l'activité de modération des réseaux sociaux et la mise en œuvre de l'*open data* des décisions de justice. En effet, ces deux politiques menées par le législateur sont susceptibles d'entrer en conflit avec des intérêts légitimes : la liberté d'expression dans le premier cas (I) et la garantie de l'anonymat dans le second (II).

1. « Vocabulaire de l'informatique (liste de termes, expressions et définitions adoptés) », *Journal officiel de la République française*, n° 0058, 9 mars 2021, texte n° 94.

2. *Ibid.*

I. Le risque de sur-modération peut porter atteinte à la liberté d'expression

La suspension permanente du compte Twitter de Donald Trump suite aux événements du Capitole a eu le mérite de mettre en lumière le risque que présente une sur-modération sans contrôle exercée par les plateformes numériques³.

La modération peut être définie comme l'absence d'excès⁴. Sur Internet, il s'agit de supprimer les contenus excédant les limites de l'exercice normal de la liberté d'expression. *A contrario*, la « sur-modération »⁵ désigne la suppression de contenus qui n'excèdent pourtant pas ces limites. Ce phénomène peut parfois être appelé « sur-censure »⁶.

En France, la prise en compte du risque de sur-modération dans l'analyse de la constitutionnalité des lois a reçu une consécration juridique en 2020. Elle a été utilisée par le Conseil constitutionnel (A), puis elle a résisté aux critiques doctrinales (B) pour finalement être prise en compte par le législateur (C).

A. L'utilisation du risque de sur-modération par le Conseil constitutionnel

Le législateur semble s'être emparé de la problématique de la régulation de l'expression sur les réseaux sociaux⁷. Toutefois, il le fait sous le seul angle de la prévention des abus de libertés et non sous celui des abus de modération. La loi

visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet⁸, dite loi Avia, en est l'un des exemples récents. Cette loi devait soumettre les plateformes à deux obligations distinctes.

D'une part, les hébergeurs et éditeurs devaient retirer certains contenus à caractère terroriste ou pédopornographique à la demande de l'autorité administrative dans un délai d'une heure. La violation de cette obligation devait être punie d'un an d'emprisonnement et de 250 000 euros d'amende⁹.

D'autre part, les opérateurs devaient retirer spontanément tous les contenus relevant manifestement d'infractions à caractère haineux ou pédopornographique¹⁰ dans un délai de 24 heures à compter de leur signalement. À défaut, ils pouvaient être condamnés à une peine de 250 000 euros d'amende.

Ces dispositions ont fait l'objet d'une large censure par le Conseil constitutionnel¹¹. Ce dernier a repris sa jurisprudence traditionnelle. Il a d'abord rappelé que la liberté d'expression reconnue par l'article 11 de la Déclaration de 1789 implique la liberté d'accéder aux moyens de communication au public en ligne¹². Puis, il a apprécié les caractères nécessaire, adapté et proportionné de la mesure compte tenu de l'importance particulière de la liberté d'expression comme condition de la démocratie¹³.

Le Conseil a considéré que la loi visait bien à prévenir des atteintes graves à l'ordre public¹⁴. Cependant, il a censuré ces dispositions car elles n'opéraient pas une conciliation équilibrée entre la sauvegarde de l'ordre public et l'exercice de la liberté d'expression¹⁵.

3. Voir par exemple F. G'sell, « Suspendre le compte Twitter de Donald Trump devrait relever d'une instance indépendante », *Le Monde*, 15 janvier 2021.
4. « Qualité, comportement d'une personne qui se tient éloignée de tout excès » (*Trésor de la langue française informatisé*, <https://www.cnrtl.fr/definition/mod%C3%A9ration%20>); « Caractère, comportement de quelqu'un qui est éloigné de toute position excessive, qui fait preuve de pondération, de mesure dans sa conduite » (*Larousse en ligne*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/mod%C3%A9ration/51936>).
5. L'expression est empruntée à C. Bigot, « Régulation des contenus de haine sur internet : retour sur le désaveu infligé par le Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi dite "Avia" », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1448.
6. F. Safi, « La loi dite "Avia" est morte... pourvu qu'elle le reste ! », *Droit pénal*, n° 9, septembre 2020, étude 25, § 11.
7. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *Journal officiel de la République française*, n° 0143, 22 juin 2004, p. 11168; loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *Journal officiel de la République française*, n° 0297, 23 décembre 2018, texte n° 2.
8. Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, *Journal officiel de la République française*, 25 juin 2020, texte n° 1.
9. *Ibid.*, art. 1, I.
10. *Ibid.*, art. 1, II; il s'agit des qualifications pénales suivantes : « apologie à la commission de certains crimes; [...] provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou [...] provocation à la discrimination à l'égard de ces dernières personnes; [...] contestation d'un crime contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale; [...] négation, [...] minoration ou [...] banalisation de façon outrancière de l'existence d'un crime de génocide, d'un autre crime contre l'humanité que ceux précités, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre lorsque ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale; [...] injure commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ou envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap; [...] harcèlement sexuel; [...] transmission d'une image ou d'une représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique; [...] provocation directe à des actes de terrorisme ou d'apologie de ces actes; [...] diffusion d'un message à caractère pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur » (CC, déc. n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet*, § 12).
11. CC, déc. n° 2020-801 DC.
12. *Ibid.*, § 4; le Conseil reprend l'apport de la décision CC, déc. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, § 12.
13. CC, déc. n° 2020-801 DC, § 5; cette décision reprend une jurisprudence établie depuis CC, déc. n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.
14. CC, déc. n° 2020-801 DC, § 6 et 13.
15. *Ibid.*, § 8 et 19.

En particulier, la censure de l'obligation de retrait spontané des contenus illicites mérite une attention particulière car elle se fonde sur le risque de sur-modération. La loi pouvait inciter les opérateurs à retirer systématiquement les contenus signalés, y compris ceux qui étaient licites. La conciliation entre la liberté d'expression et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public était alors déséquilibrée. Ce risque de sur-modération avait déjà été soulevé à l'occasion de l'examen de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information mais avait alors été rejeté¹⁶.

Pour retenir ce risque de sur-modération, le Conseil examine successivement une série de critères : le fait que l'obligation naisse d'un simple signalement sans intervention préalable d'un juge¹⁷, l'insuffisance de moyens et sans doute de compétences juridiques des opérateurs face à des infractions qui présentent une certaine technicité¹⁸, la brièveté du délai de 24 heures¹⁹, l'imprécision des exonérations²⁰, et enfin le montant élevé de la peine qui se cumule pour chaque défaut de retrait²¹.

Il en déduit que ces dispositions « ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites »²². La loi est donc censurée car elle incite à la sur-modération. Cette succession de critères interroge tout d'abord sur la manière dont ils s'articulent entre eux. Leur nombre est conséquent et leur importance respective est encore inconnue²³. Toutefois, cette importance est probablement inégale : l'absence d'intervention préalable d'un juge s'avérera sans doute plus déterminante que le montant de la peine par exemple²⁴. Aussi, il semble raisonnable de considérer qu'il ne s'agit ni de critères cumulatifs, ni de critères alternatifs mais plutôt d'un faisceau d'indices. Au-delà des indices, le principe de la prise en compte du risque de sur-modération a rapidement interrogé la doctrine.

B. La résistance du critère de la sur-modération aux critiques doctrinales

Cette prise en compte du risque de sur-modération dans l'examen de la constitutionnalité de la loi a divisé les commentateurs. Pour abonder dans le sens de la solution

retenue, la professeure Farah Safi souligne l'impossibilité technique à laquelle seront confrontées les plateformes pour repérer et supprimer les contenus illicites en 24 heures. Celles-ci auront alors recours à des algorithmes plus radicaux, ce qui pose un problème évident dans l'analyse de la proportionnalité de la mesure²⁵. Quand bien même les opérateurs n'auraient pas recours à de tels algorithmes, leurs compétences juridiques pour apprécier une qualification pénale, fut-elle manifeste, feront probablement défaut²⁶.

Une autre partie des commentateurs se montre hostile à une censure fondée sur le risque de sur-modération. Ils émettent des réserves sur la prise en compte par le Conseil de l'impossibilité technique d'assurer une modération proportionnée aux objectifs de la loi. Selon eux, le législateur ne devrait pas fixer des obligations dans la limite des moyens qui sont déjà à la disposition des plateformes. Au contraire, il devrait le faire dans le but que les opérateurs mettent en œuvre des moyens qui n'existent pas encore²⁷. Ainsi, l'argument « aurait presque des accents de chantage juridique » car il conviendrait de « concevoir les moyens en fonction des fins »²⁸.

Ce dernier argument peut s'entendre. Cependant, il supposerait que le législateur détermine les moyens mis en œuvre par les plateformes dans le respect de leurs obligations. En particulier, la loi devrait encadrer le recours aux algorithmes pour ne pas engendrer de sur-modération. Or ce n'était pas le cas en l'espèce. Cet argument ne constitue donc pas une critique opérante de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Le même argument pourrait cependant être retenu pour critiquer les indices dégagés par le Conseil. De prime abord, il paraît étonnant que l'absence d'encadrement des moyens utilisés par les opérateurs ne fasse pas partie desdits indices. En réalité, c'est parce que l'encadrement exigé par le Conseil consiste essentiellement dans l'intervention préalable d'un juge²⁹. Cette considération a le mérite d'empêcher une surenchère répressive sur l'obligation d'un côté et les moyens de l'atteindre de l'autre. Elle confirme également le caractère prépondérant de l'intervention d'un juge parmi les autres indices. Se pose alors la question de l'influence de cette consécration sur le comportement du législateur.

16. CC, déc. n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, § 58 et 61.

17. CC, déc. n° 2020-801 DC, § 14.

18. *Ibid.*, § 15.

19. *Ibid.*, § 16.

20. *Ibid.*, § 17.

21. *Ibid.*, § 18.

22. *Ibid.*, § 19.

23. « Opérant la synthèse de ces motifs (dont les poids respectifs ne peuvent malheureusement pas être connus) » (T. Piazzon, « Chronique de droit privé », *Titre VII*, n° 5, octobre 2020, p. 138).

24. C'est d'ailleurs ce point qui attire le plus l'attention de certains commentateurs : M. Quémener, « La haine sur internet. Commentaire de la décision de censure du Conseil constitutionnel », *Gazette du Palais*, n° 25, 7 juillet 2020, p. 16-17.

25. F. Safi, « La loi dite "Avia" est morte... », § 17 et 18.

26. *Ibid.*, § 5 ; « [...] avec toutes les difficultés d'appréciation de l'illicéité manifeste que connaissent les juristes pénalistes » (É. Bonis, V. Peltier, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale (janvier 2020 à juin 2020) », *Titre VII*, n° 5, octobre 2020, p. 116).

27. N. Droin, « Loi Avia : une censure attendue mais paradoxalement surprenante », *Actualité juridique. Pénal*, n° 9, 2020, p. 407-411.

28. S. Hourson, « Du plomb dans la haine », *Droit administratif*, n° 8-9, 2020, alerte 109.

29. Le Conseil s'inscrit dans la logique de l'article 66 de la Constitution de 1958.

C. L'adaptation du législateur au risque de sur-modération

Il existait une inquiétude de la doctrine à l'égard d'une tentative de ressusciter les dispositions de la loi censurée par le Conseil³⁰. Celle-ci était fondée puisque le gouvernement a annoncé travailler sur un autre dispositif de lutte contre la haine sur les réseaux sociaux après l'assassinat de Samuel Paty³¹. En effet, le projet de loi confortant le respect des principes de la République contient des dispositions relatives à la lutte contre les discours de haine et les contenus illicites en ligne.

D'une part, le projet soumet les usagers des moyens de communication, notamment les réseaux sociaux, à un régime pénal plus sévère. L'article 18 incrimine certains comportements des usagers des plateformes³² et l'article 20 étend la comparution immédiate à certains délits de presse³³.

D'autre part, le projet renforce les obligations des opérateurs. L'article 19 soumet les fournisseurs d'accès ainsi que les exploitants de moteurs de recherche, annuaires ou tout autre service de référencement à une obligation de suppression des sites miroirs³⁴. Il s'agit des sites reprenant à l'identique le contenu de pages dont le blocage a été ordonné par une décision de justice.

Ce sont ces dernières dispositions prévues à l'article 19 qui étaient susceptibles d'engendrer un risque de sur-modération, notamment de la part des exploitants de moteurs de recherche ou de sites de référencement. En effet, le blocage d'un site miroir implique d'apprécier le degré de similitude avec le site originel. C'est pourquoi la procédure prévue consiste dans un premier temps à adresser une demande à l'opérateur pour, dans un second temps, saisir l'autorité judiciaire. De cette manière, la condition d'intervention préalable d'un juge est satisfaite. Les autres indices utilisés par le Conseil ne posent pas de difficulté dans la mesure où il ne s'agit pas d'une infraction pénale.

Il en ressort que le risque de sur-modération a été pris en compte par le législateur pour éviter une censure du Conseil constitutionnel. Celui-ci semble ainsi confirmer son effet normatif³⁵.

II. *Open data* des décisions de justice et occultation des données d'identité des personnes concernées par les décisions

L'*open data*³⁶ des décisions de justice était initialement prévu par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016³⁷ qui avait inséré dans le Code de justice administrative (CJA) et le Code de l'organisation judiciaire (COJ) les dispositions relatives à la mise à disposition du public des décisions de justice rendues par les juridictions des deux ordres³⁸. Pourtant, la mise en œuvre de l'*open data* des décisions de justice est restée lettre morte plusieurs années. Ce retard est notamment dû au fait que le décret de mise en application de ces dispositions n'a jamais été pris³⁹. Ce n'est qu'en 2019 que le législateur s'est de nouveau penché sur le processus déclenché par la loi pour une République numérique de 2016. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁴⁰ a en effet rappelé le principe de l'*open data* par défaut des décisions de justice tout en précisant les modalités d'application⁴¹, notamment concernant le traitement à accorder aux données d'identification des parties, tiers, et professionnels de justice. Ce régime a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel⁴². Il aura fallu attendre une petite dizaine de mois supplémentaires pour que le décret d'application des dispositions de la loi n° 2019-222 soit finalement pris⁴³. Cependant, il s'avère peu prolixe et renvoie une fois encore la question de la mise en route de l'*open data* des décisions de justice à un arrêté du ministre de la Justice⁴⁴. Plusieurs années après son lancement, l'*open data* des décisions de justice en est encore à ses balbutiements. Les différences de

30. F. Safi, « La loi dite "Avia" est morte... », § 20.

31. I. Vergara, « Haine en ligne : l'assassinat de Samuel Paty relance le débat autour d'une "loi Avia" en France », *Le Figaro*, 19 octobre 2020.

32. Projet de loi n° 3649 du 9 décembre 2020 confortant le respect des principes de la République, art. 18.

33. *Ibid.*, art. 20.

34. *Ibid.*, art. 19.

35. Nous noterons toutefois que le problème de la sur-modération pourrait resurgir suite à l'adoption de la proposition de règlement relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne par le Parlement européen et le Conseil le 29 avril 2021.

36. La politique d'*open data* peut se définir comme la mise à disposition de « données librement accessibles [...] dans un format ouvert et réutilisable par toute personne » (Commission d'accès aux documents administratifs, Commission nationale de l'informatique et des libertés en association avec les services de l'États, « Guide pratique de la publication en ligne et de la réutilisation des données publiques (« open data ») », p. 3, en ligne : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/guide_open_data.pdf).

37. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *Journal officiel de la République française*, n° 0235, 8 octobre 2016, texte n° 1.

38. CJA, art. L. 10 ; COJ, art. L. 111-13.

39. CJA, art. L. 10, al. 5, dans sa rédaction résultant de l'art. 20 de la loi n° 2016-1321 ; COJ, art. L. 111-13, al. 4, dans sa rédaction résultant de l'art. 21 de la loi n° 2016-1321.

40. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *Journal officiel de la République française*, n° 0071, 24 mars 2019, texte n° 2.

41. CJA, art. L. 10 ; COJ, art. L. 111-13 dans leur rédaction résultant de l'art. 33 de la loi n° 2019-222.

42. CC, déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

43. Décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives, *Journal officiel. Lois et décrets*, n° 0160, 30 juin 2020, texte n° 1.

44. *Ibid.*, art. 9.

traitement accordées à la protection des données d'identité des personnes concernées par les décisions, qu'il s'agisse des parties et des tiers (A) ou de professionnels de la justice (B), sont révélatrices des hésitations autour des objectifs poursuivis à travers l'*open data* des décisions de justice.

A. Une protection satisfaisante des données d'identité des parties et des tiers

Le respect de la vie privée et la protection des données personnelles des personnes concernées est considéré comme l'un des enjeux majeurs de l'*open data* des décisions de justice⁴⁵. Afin de le garantir, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a posé un principe d'anonymisation des données d'identité des parties et des tiers⁴⁶. L'*open data* des décisions de justice implique de mettre à disposition du public un nombre de décisions sans commune mesure par rapport au rythme de diffusion actuel. Dès lors, ce mécanisme préventif a pour but de prévenir au mieux un risque de surexposition et de réutilisation de données sensibles. En effet, le rapport Cadiet pointe précisément du doigt le fait que l'*open data* se réalise dans un contexte plus global d'évolution des outils technologiques permettant un traitement de masse de données susceptible de révéler, outre l'identification des personnes concernées, tout un ensemble d'informations particulièrement intimes à leur sujet, telles que les convictions politiques, religieuses ou encore l'orientation sexuelle⁴⁷. Dans un tel contexte, l'initiative du législateur de reconnaître un principe d'occultation d'office et préalable des informations d'identité des parties et des tiers doit être saluée. En outre, le législateur a également prévu que :

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 greffe⁴⁸.

L'objectif du législateur est d'éviter tout risque de réidentification par le biais d'un traitement de données indirectes, autres que celles relatives à l'identité des parties et des tiers. Le décret d'application des dispositions relatives à la mise à disposition du public des décisions de justice⁴⁹ prévoit que la décision de procéder à ces occultations complémentaires est prise par le juge ayant rendu la décision en cause⁵⁰. Si ce mécanisme semble

prometteur s'agissant de la protection de la vie privée des parties et des tiers, la loi reste relativement peu protectrice à l'égard des professionnels de la justice. En effet, le principe d'occultation par défaut des informations des données d'identité prévu par la loi n° 2019-222 ne concerne pas les professionnels de la justice, qui bénéficient d'un régime moins protecteur, voire absent.

B. Une protection relative des données d'identité des professionnels de justice

1. L'absence d'un principe d'occultation des données d'identité des magistrats et des membres du greffe

L'occultation systématique des données d'identité des magistrats et des membres du greffe n'a pas été prévue par la loi n° 2019-222. En conséquence, ces derniers ne bénéficient que de l'aménagement prévu par les dispositions relatives à l'occultation d'informations complémentaires dont la divulgation pourrait créer un risque d'atteinte à leur sécurité ou à leur vie privée ainsi qu'à celles de leur entourage⁵¹. L'occultation n'est donc pas automatique et devra faire l'objet d'une demande du magistrat ou du membre du greffe concerné⁵². En outre, ni la loi ni le décret ne prévoient qu'une réponse positive sera systématiquement opposée à leur demande. Au contraire, les textes accordent au juge un pouvoir relativement large en matière d'appréciation de ces demandes qu'il pourra rejeter s'il les estime infondées. Le législateur a toutefois prévu que :

Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées⁵³.

Le législateur refuse donc que l'*open data* des décisions de justice ait pour conséquence l'émergence de services de profilage visant à évaluer les compétences des juges. Cette position est partagée par le Conseil constitutionnel. Il avait été saisi par soixante députés au motif que cette interdiction empêchait une meilleure connaissance de la jurisprudence qui favoriserait l'égalité des justiciables et porterait dès lors atteinte au principe d'égalité devant la loi et au droit à un procès équitable⁵⁴. Il avait alors considéré que le législateur souhaitait éviter qu'un tel profilage puisse « conduire à des pressions ou des stratégies de choix de

45. Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, *L'open data des décisions de justice*, rapport remis au garde des Sceaux le 9 janvier 2018, n° 101, p. 26 (ci-après : rapport Cadiet).

46. CJA, art. L. 10, al. 3 ; COJ, art. L. 111-13, al. 2.

47. Rapport Cadiet, p. 26-27.

48. CJA, art. L. 10, al. 3 ; COJ, art. L. 111-13, al. 2.

49. Décret n° 2020-797.

50. CJA, art. R. 741-14, al. 1 ; COJ, art. R. 111-12, al. 1.

51. CJA, art. L. 10, al. 3 et R. 741-14, al. 1 ; COJ, art. L. 111-13, al. 2 et R. 111-12, al. 1.

52. CJA, art. R. 741-15, al. 1 ; COJ, art. R. 111-13, al. 1.

53. CJA, art. L. 10, al. 4 ; COJ, art. L. 111-13, al. 3.

54. CC, déc. n° 2019-778 DC, § 89.

juridiction de nature à altérer le fonctionnement de la justice »⁵⁵ et, qu'en conséquence, il n'avait instauré « aucune distinction injustifiée entre les justiciables »⁵⁶. Toutefois, on peut douter de la pertinence du dispositif qui risque d'aboutir à une interdiction ineffective dès lors qu'elle n'est pas accompagnée de l'occultation systématique du nom des magistrats et membres du greffe⁵⁷. Si les intentions du législateur sont très certainement louables sur ce point, il semble indécis sur la protection spécifique à accorder aux données d'identité des magistrats et des membres du greffe.

2. Les avocats : oubliés du régime de l'occultation ?

On remarque également, à la lecture des dispositions relatives à l'*open data* des décisions de justice, que le régime juridique de l'occultation ne semble pas s'appliquer aux données d'identité des avocats, qui ne sont mentionnés à aucun moment. Il ne semble pas non plus que la notion de « tiers », qui n'est définie ni par loi ni par le décret d'application, inclut les avocats⁵⁸. Suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222, le Conseil national des barreaux (CNB) avait formulé le souhait de bénéficier d'un régime identique à celui que la loi réservait aux magistrats et membres du greffe⁵⁹. Pourtant, le décret d'application de l'article 33 de la loi n° 2019-222, à nouveau, semble exclure les avocats du régime de l'occultation des données d'identité. On notera toutefois l'intégration dans le Code de justice administrative et le Code de l'organisation judiciaire d'une disposition prévoyant que « [t]oute personne intéressée peut introduire à tout moment [...] une demande d'occultation ou de levée d'occultation [...] »⁶⁰ de données d'identifications.

À supposer que les avocats puissent bénéficier de ces dispositions, ils restent néanmoins particulièrement exposés. En effet, l'interdiction de réutilisation des données d'identité dans une démarche de profilage qui s'applique aux magistrats et aux membres du greffe n'a pas été étendue aux avocats. En conséquence, le profilage, l'évaluation, l'analyse statistique de la pratique des avocats ne semblent

pas interdits. Cependant, une telle différence de traitement se justifie difficilement. Autrement dit, pour reprendre les termes employés par le Conseil constitutionnel, l'absence d'occultation du nom des avocats pourrait tout aussi bien conduire à des manœuvres de profilage qui ouvriraient la voie à des pressions ou à des stratégies de choix.

En l'occurrence, le régime juridique de l'occultation des données d'identité interroge sur les objectifs poursuivis à travers la mise à disposition des décisions de justice. En effet, les perspectives économiques d'une telle démarche étaient explicitement mises en avant par le rapport Cadiet⁶¹. Pourtant la protection accordée aux données d'identité, bien que bienvenue, ne permettra pas de concrétiser l'ambition économique de l'*open data*. Amputées des informations relatives à l'identité des parties et des professionnels de justice, les décisions ainsi diffusées ne seront que d'un intérêt très limité⁶² pour les entreprises opérant sur le « marché du droit »⁶³. Par ailleurs, loin d'améliorer l'effectivité du principe de publicité de la justice, l'*open data* fait parfois l'objet d'un usage détourné pour justifier un refus de communiquer un ensemble de décisions au motif que cette demande relève du régime de la mise à disposition du public des décisions de justice prévu par les articles L. 10 du Code de justice administrative et L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire... qui n'est pas encore en vigueur faute de publication de l'arrêté requis par le décret n° 2020-797 et donc inapplicable⁶⁴.

Au moment où ces lignes sont écrites, l'*open data* des décisions de justice est encore un vaste chantier dont les lentes avancées sont le symptôme d'un projet encore entouré d'incertitudes et d'hésitations sur les attentes et les finalités de ce processus. Ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire ne semblent avoir définitivement tranché ces différentes questions, donnant au régime actuellement en vigueur un goût d'inachevé⁶⁵. La protection toute relative accordée aux données d'identité des professionnels de la justice en est une illustration. Entre diffusion de leur identité et interdiction du profilage, la conciliation effectuée par le législateur aboutit à un dispositif qui révèle qu'un choix reste encore à faire.

55. CC, déc. n° 2019-778 DC, § 93.

56. *Ibid.*, § 94.

57. P. Deumier, « L'*open data* des magistrats : une petite histoire législative », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2019, p. 73.

58. V. Rivollier, « L'*open data* des décisions de justice : pas tout, pas tout de suite », *Recueil Dalloz*, 2020, p. 1626 ; F. Alhama, « Vers une plus grande accessibilité des décisions rendues par les juridictions administratives », *Revue française de droit administratif*, 2019, p. 702.

59. Résolution du Conseil national des barreaux portant sur l'*open data* des décisions de justice, adoptée par l'assemblée générale des 14 et 15 juin 2019 ; voir également G. Marraud Des Grottes, « Open data et nom des avocats : le CNB demande la même protection que celle accordée aux magistrats », 18 juin 2019, en ligne : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/vie-des-professions-juridiques-et-judiciaires/avocat/22329/open-data-et-nom-des-avocats-le-cnb-demande-la-meme-protection-que-celle-accordee-aux-magistrats>.

60. CJA, art. R. 741-15, al. 1 ; COJ, art. R. 111-13, al. 1.

61. Rapport Cadiet, p. 27-29.

62. P. Deumier, « L'*open data* des magistrats... », p. 73.

63. Expression employée dans le rapport Cadiet, p. 27.

64. Pour plus de détails sur ce point, voir T. Perroud, L. Cluzel, P. Bourdon, O. Renaudie, « L'*open data* ou comment accomplir (enfin !) la promesse de publicité de la justice », *Dalloz actualité*, 12 octobre 2020.

65. P. Deumier, « L'*open data* des magistrats... », p. 73.