

→ RLDC 6501

## La reconfiguration de la pratique contentieuse du fait de la preuve probabiliste

Les techniques d'intelligence artificielle impactent d'ores et déjà un nombre impressionnant d'activités humaines et de secteurs d'activité. Au-delà des exemples de la finance, de la médecine ou des transports, pour lesquels la question ne se pose déjà plus, la démarche qui préside à la recherche en sciences dures et sociales est à son tour modifiée par la prise en compte d'un volume de données dépassant très largement ce qu'un individu peut analyser et traiter. Le droit n'échappe pas à ce phénomène. Dans la sphère contentieuse, cela se traduit par ce qu'on désigne communément sous le terme de *justice prédictive*.



Par Jérémie  
**BENSOUSSAN**

Avocat au Barreau  
de Paris,  
Ingénieur,  
Lexing Alain Bensoussan  
Avocats

**S**i cette expression véhicule une idée fautive qui explique en partie le malentendu dont elle peut faire l'objet, il n'en demeure pas moins que les techniques d'intelligence artificielle (IA) probabilistes interrogent des principes et des pratiques qui avaient jusqu'alors résisté à l'écoulement du temps. Les approches inductives concurrencent les raisonnements déductifs ; la recherche de corrélations se place en recours à l'identification d'un lien causal ; l'obligation de motivation est défiée par le concept d'*explicabilité* ; la portée de l'interdiction des arrêts de règlement a vocation à être réévaluée à l'aune de l'émergence de la règle du précédent probabiliste ; l'appréciation souveraine doit faire face aux protocoles d'examen de la preuve probabiliste.

Autant de sujets qui participent à la reconfiguration de la pratique contentieuse (II) à mesure que l'IA (I) pénètre la sphère juridique et judiciaire.

### I – LES TECHNIQUES D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

L'IA peut être définie comme l'élaboration de processus cognitifs. L'idée fondamentale est de traiter l'information, par une série d'opérations qu'on désigne sous le terme d'*algorithmes*, de telle sorte à y associer une action pertinente, à l'image de ce qu'un individu réalise à l'aide de son cerveau. Si l'IA couvre une multitude de techniques, celles-ci peuvent être schématiquement classées selon deux grandes démarches. La première est dite *déterministe* ou *symbolique* (A) ; la seconde est dite *probabiliste* ou *connexionniste* (B).

### A – L'intelligence artificielle déterministe

Elle consiste à décomposer et à retranscrire, sous la forme de règles, la manière dont un individu résout un problème donné. C'est ce même mécanisme qui donne lieu à l'établissement d'une méthode, d'un logigramme ou d'un moteur de règles caractéristique des systèmes experts, selon une approche qui est donc déductive. Par exemple, si le problème est de savoir si une disposition légale est en vigueur, la première étape consiste à identifier la loi dont elle est issue, puis à vérifier si cette dernière contient un régime transitoire spécial qui en fixe l'entrée en vigueur. Dans l'affirmative, l'appliquer ; sinon, la date recherchée est le lendemain de la promulgation de la loi en question (C. civ., art. 1<sup>er</sup>). À travers cette illustration simple, on voit que le processus décrit est parfaitement "déterminé" et "auditable" dans la mesure où le résultat obtenu est explicable (il suffit de repasser en revue les étapes) et vérifiable (il suffit d'examiner la pertinence des étapes et leur correcte application à l'espèce). C'est là le grand intérêt de la démarche déterministe : elle permet de suivre le cheminement du raisonnement automatisé. Reste que cette approche a le défaut de sa qualité. Lorsqu'un individu est capable de résoudre facilement un problème mais qu'il ne parvient pas, dans le même temps, à décrire exactement les étapes qu'il a suivies pour y parvenir (Goodfellow I., Bengio Y. et Courville A., *Deep learning*, MIT Press, 2016, p. 36), le processus décisionnel n'est pas formalisable. En d'autres termes, chaque fois que l'esprit humain est capable, par la connaissance empirique ou l'intuition, de trouver une réponse sans pouvoir par ailleurs en expliquer précisément la manière, la démarche déterministe n'est plus suffisante. Or, c'est là un champ immense de la connaissance humaine, qui couvre des actions aussi banales (reconnaître un

visage ou un objet) que profondes (inspirer confiance ou méfiance), et qu'adresse le second grand courant de l'IA.

## B – L'intelligence artificielle probabiliste

Elle est dite *probabiliste* précisément parce que la technique algorithmique utilisée produit une donnée de sortie qui se présente sous cette forme. Elle a pour objet un événement auquel est associée une valeur numérique comprise entre 0 et 1, ou bien un pourcentage, ce qui revient au même. La valeur 0 désigne le cas où il n'y a aucune chance que l'événement se produise, tandis que la valeur 1 correspond à la situation où il y a 100 % de chances qu'il se réalise. Ce type d'algorithme peut servir à déterminer, sur la base de données d'entrée multiples (par ex., âge, accès aux soins, précédents familiaux, etc.), si l'individu dont il est question a plus de chance d'être en bonne santé ou non. Pour parvenir à un résultat probabiliste, on utilise un type d'algorithme dont la particularité est de pouvoir "apprendre" au sens où les résultats obtenus ne sont pas pleinement intelligibles, faute de pouvoir être entièrement expliqués (l'explicabilité des résultats produits par les algorithmes d'apprentissage machine fait l'objet de recherches).

## II – LA RECONFIGURATION DE LA PRATIQUE CONTENTIEUSE

La justice dite *prédictive* est l'objet d'un malentendu qu'il faut dissiper, ce qui conduit notamment à réinterroger l'obligation de motivation dans le contexte des prises de décisions automatisées (A). Mais surtout, c'est la manière dont le différend peut se reconfigurer autour de la donnée de probabilité qui doit retenir l'attention : tandis qu'elle est de nature à fortement polariser les parties lors de la phase amiable (B), les conditions dans lesquelles elle peut être invoquée à titre de preuve et la portée qui lui sera reconnue (C) peuvent conduire à instaurer, dans les faits, une règle du précédent singulière instaurée (D).

### A – De la justice prédictive à la justice dévoilée

Le terme de *justice prédictive* est ambigu dans la mesure où il laisse à penser que les situations litigieuses sont virtuellement tranchées à l'avance. La prédiction exclut en effet toute notion d'incertitude, elle annonce par avance, sans doute, ni erreur ; prédire, c'est dire ce qui va advenir, et non pas estimer les chances qu'un scénario se produise plutôt qu'un autre. Or, ceci est incompatible avec les algorithmes connexionnistes qui, par hypothèse, produisent des résultats sous forme de probabilités.

D'ailleurs, dans les sciences dures, dire d'un phénomène qu'il peut être, à proprement parler *prédit*, implique un tel niveau de certitude qu'il est réservé à des cas qui s'apparentent, pour le sens commun, à des faits : on peut "prédire" à quel température et sous quelle pression l'eau s'évapore car son point d'ébullition est connu ou bien la vitesse de chute d'un corps dans le vide par application de la deuxième loi de Newton.

**La notion de justice automatisée.** – Transposée à la Justice, la prédiction sous-tend l'idée qu'un processus cognitif artificiel est en mesure de fournir une réponse qui est exactement celle à laquelle une juridiction, saisie de la même question, aboutirait. Or, sous cette perspective, l'office du juge est manifestement caduc puisque, avant même qu'il se prononce, la solution juridictionnelle est connue. Finalement, cela revient à substituer au pouvoir d'appréciation du juge un processus algorithmique. Ce mécanisme n'est pas celui de la justice prédictive mais décrit une *justice automatisée*.

C'est ce qu'illustre l'article 10 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (JO 7 janv.), dite loi *Informatique et libertés*, qui prévoit qu'une décision administrative individuelle puisse être prise sur le fondement exclusif d'un traitement automatisé sous réserve que « le responsable de traitement s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard ». La constitutionnalité de cette disposition a été contestée, ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer (Cons. const., 12 juin 2018, n° 2018-765 DC).

**De la motivation à l'explicabilité.** – C'est bien la capacité de l'Administration à expliquer le processus qui a conduit à la prise de décision qui est ici en jeu. Concrètement, il s'agit de préserver la possibilité pour l'Administration de motiver sa décision, cette motivation étant d'ailleurs obligatoire lorsque la décision est défavorable à l'administré (CRPA, art. L. 211-1, al. 1<sup>er</sup>). Imposer que la manière dont le traitement a été mis en œuvre puisse être expliqué « en détail et sous une forme intelligible » revient, semble-t-il, à condamner l'utilisation d'algorithmes d'apprentissage profond au profit des seuls algorithmes déterministes. Sur cet aspect, l'adaptation de loi *Informatique et libertés* dans le sillage de l'entrée en application du règlement (UE) n° 2016/679 du 27 avril 2016 (JOUE 4 mai 2016, n° L 119), dit RGPD, est allée au-delà de ce que le texte de droit européen semble exiger. Si son article 22 prévoit bien que la personne concernée (tel un administré) a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé produisant des effets juridiques la concernant (telle une décision administrative individuelle défavorable), il est fait exception à ce principe lorsqu'une telle décision est « autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre » sous réserve d'instaurer les garanties appropriées. Or, l'article 15 du RGPD, relatif au droit d'accès, impose de fournir à la personne concernée, dans une telle situation, des informations utiles sur la « logique sous-jacente » et sur « l'importance et les conséquences prévues de ce traitement ». En exigeant de l'Administration qu'elle puisse entrer dans le détail du processus algorithmique, la loi française semble avoir retenu une lecture assez exigeante de l'obligation européenne. Mais il n'est pas certain que tous les États membres de l'Union européenne définissent les contours de la « logique sous-jacente » de manière identique. Elle pourrait être interprétée comme obligeant seulement le responsable du traitement à informer la personne concernée du type de données d'entraînement utilisé, des critères et de leur pondération, de leur mise en balance, du nombre de cas équivalents. Une telle interprétation favoriserait la possibilité de recourir à des techniques d'IA connexionniste mais conduirait cependant au recul de l'exigence de motivation au profit du concept, plus souple et plus diffus, d'explicabilité.

**Vers une justice dévoilée.** – Pour fonctionner correctement et produire des résultats mobilisables, les algorithmes d'apprentissage supposent

de disposer de suffisamment de données, ce qui revient, dans le meilleur des cas, à pouvoir accéder à l'ensemble des décisions rendues à compter d'une certaine date. L'enjeu est alors de lever le voile sur la pratique judiciaire réelle, de révéler les lignes jurisprudentielles véritables, c'est-à-dire celles qui existent mais dont le justiciable n'a pas connaissance, faute de pouvoir accéder de manière complète aux jugements et arrêts prononcés et, surtout, de les mettre en résonance de sorte à pouvoir en tirer des lignes de force et des tendances lourdes. Sous cette approche, les techniques d'IA connexionniste ne tendent pas à substituer un processus machine à l'appréciation judiciaire mais à faire émerger une *justice dévoilée* au service de la sécurité juridique et de la prévisibilité du droit. Concrètement, elle offre aux parties une nouvelle donnée sur la manière dont leurs prétentions sont perçues par les juridictions. Cette donnée de probabilité d'accueil a vocation de surcroît à polariser fortement les parties lors de la phase de rapprochement amiable préalable au procès.

## B – L'effet de polarisation sur la phase amiable

Le recours aux instruments d'IA probabiliste pour évaluer les chances d'accueil d'une prétention a vocation à modifier la manière dont les parties en conflit sont susceptibles de rechercher, par voie amiable, une solution négociée.

**L'emprise du judiciaire.** – Traditionnellement, le succès d'une conciliation ou d'une médiation repose notamment sur la possibilité qu'ont les parties d'exprimer leurs griefs réciproques d'une manière qui n'est pas exclusivement juridique. C'est là l'un des grands avantages des modes alternatifs de règlement des différends sur le procès : ils offrent l'opportunité à chacune d'exprimer sa position et ses griefs, selon sa propre sensibilité et susceptibilité, l'historique des relations et le contexte du conflit de sorte à favoriser l'éclosion d'un compromis qui est à la base de l'accord amiable. Au contraire, une fois exprimé en moyens de fait et de droit et coulé dans le moule de l'argumentaire des débats judiciaires, le différend perd la plus grande partie de ses ressorts psychologiques, ce qui peut conduire la partie finalement victorieuse à n'être que partiellement satisfaite. En d'autres termes, dans l'approche traditionnelle, les modes alternatifs de résolution des différends offrent une lecture du différend résolument subjective tandis que la sphère judiciaire fait apparaître le litige sous des traits plus objectifs. C'est précisément cette répartition qu'interroge la donnée de probabilité sur les chances d'accueil des prétentions. Son irruption au stade du processus de rapprochement amiable est de nature à polariser fortement les parties, à en figer les positions réciproques, chacune d'elles excipant de ses chances judiciaires de succès au regard de la preuve probabiliste en puissance dont elle dispose. Cette configuration ancre par conséquent le conflit, et par extension la phase amiable, dans une perspective judiciaire, par nature plus objective. La discussion se recentre, non sur les griefs et leurs origines, mais sur les demandes en justice, qui se trouvent être évaluées sous une perspective juridique du fait de la donnée de probabilité à laquelle elles sont associées. Cette situation implique de recourir à des modes alternatifs de règlement des conflits susceptibles de mieux prendre en compte l'existence et la portée de la donnée de probabilité d'accueil vis-à-vis de laquelle les parties se sont trouvées polarisées.

**Les processus mixtes.** – L'effet de polarisation des parties autour de la donnée de probabilité implique de leur donner un espace de discussion non judiciaire où une portée contradictoire pourra lui être donnée, de sorte à permettre aux parties de négocier un accord sur des bases plus objectives. La donnée de probabilité ayant pour objet les prétentions que les parties pourraient soumettre au juge, cet espace de

discussion amiable se trouve nécessairement empreint d'une logique juridictionnelle. Or, ce type de processus de règlement des conflits, dit *mixte*, est d'ores et déjà mis en œuvre dans d'autres systèmes juridiques. À cet égard, le *early trial evaluation*, issu de la pratique américaine, est une illustration intéressante : il consiste, en amont d'un éventuel procès, à exposer les lignes de force du litige à un tiers indépendant chargé de rendre un avis non contraignant sur la base duquel les parties pourront négocier les termes de la résolution de leur différend (Jarrosson C., *L'expertise juridique*, in *Mélanges Raymond Cl., Litec*, 2004, p. 127, spéc. n° 27). L'idée est ainsi de faire examiner la donnée de probabilité par un tiers indépendant, et plus vraisemblablement par un collège pluridisciplinaire (médiateur, juriste, expert en IA), de sorte à lui conférer une portée contradictoire. Sur la base de l'avis rendu, une solution amiable pourra être négociée sans que la question de la pertinence de la donnée de probabilité ne vienne faire obstacle au rapprochement des parties. Celles-ci ont d'ailleurs intérêt à se placer dans une démarche de ce type : l'une voudra remettre en cause la donnée de probabilité qui lui est défavorable ; l'autre partie a intérêt à purger cette question et pourra préférer le faire dans un cadre confidentiel. Les parties ne pourront de toute façon pas faire l'impasse sur cette question car elle se posera tout autant au stade du procès, sous l'angle de l'examen de la preuve probabiliste.

## C – L'appréhension de la preuve probabiliste

Les preuves sont les mots par lesquels la vérité judiciaire s'écrit ; elles en donnent la consistance et en fixe les contours. Mais derrière l'approche intuitive se cache une figure plus complexe. C'est la raison pour laquelle la manière dont la preuve est appréhendée a été systématisée par la doctrine. Traditionnellement, elle se conduit selon quatre aspects : son objet, sa charge, son mode et son administration. Certains systèmes juridiques connaissent un aspect supplémentaire, lié à son intensité, c'est-à-dire au seuil de certitude au-delà duquel l'élément litigieux est considéré comme prouvé. Chacun de ces aspects, pourtant parfaitement classique, se reconfigure plus ou moins significativement au moment de saisir la donnée de probabilité.

**L'objet.** – En première approche, l'objet de la preuve consiste à définir ce sur quoi portent les éléments tendant à établir la réalité invoquée par une partie au soutien de sa prétention. Intuitivement, la preuve porte sur les faits (CPC, art. 9) ; ce sont eux qui portent prioritairement à débat : une négligence, un retard, une erreur, la délivrance d'une information, l'existence d'un désordre, l'étendue d'une préjudice, etc. Sous cet angle, la preuve du fait vient alimenter l'application de la règle de droit ; elle lui donne corps et c'est par elle que la règle prend vie. Mais la preuve peut aussi, dans certaines hypothèses, porter sur le contenu du droit applicable. C'est le cas du droit positif étranger (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 2015, n° 00-15.734, Bull. civ. I, n° 289). En ce qui concerne le droit interne, il est considéré comme étant connu du juge (CPC, art. 12, al. 1<sup>er</sup>) de sorte qu'il ne relève pas du débat probatoire, même si cela n'empêche naturellement pas les parties de débattre de son sens, de son applicabilité et de sa portée. Reste que l'existence et le contenu de certains types de règles internes, qui entretiennent des liens étroits avec le fait, doivent aussi être prouvés. On peut citer les usages (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 févr. 1987, n° 85-14.840 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 juin 1994, n° 92-20.943) et la coutume, mais également les règles de bonnes pratiques expertales sur lesquelles le juge chargé du contrôle des mesures d'instruction peut avoir à se prononcer. Sous cette perspective, la jurisprudence, qui exprime le droit mis en mouvement par le fait, procède de la même logique au sens où elle se situe également au confluent du juridique et du factuel. La jurisprudence a, en effet, cela de particulier qu'elle est à la fois matériellement détachée de la règle et intellectuellement indissociable de celle-ci. L'instruc-

tion de la cause et l'administration judiciaire de la preuve illustrent cette dissociation matérielle : les décisions de justice, visées dans les écritures, font parfois l'objet d'une communication à la partie adverse, à la manière dont on rend un élément de preuve contradictoire, alors qu'il ne viendrait à l'idée de personne de communiquer une disposition du Code civil ou du Code de commerce. Et c'est précisément parce que certaines décisions ne sont pas directement et facilement accessibles, à l'instar du droit positif étranger ou de la coutume, qu'elles peuvent être *objet de preuve*.

Sur le plan intellectuel cette fois, l'imbrication de la norme et de son interprétation par le juge est totale : « *lorsqu'elle confère un certain sens à une règle, la jurisprudence fait corps avec celle-ci* » de sorte que « *cette règle est censée avoir toujours eu cette signification* » (Capitant H., Terré Fr. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2007, p. 83). C'est d'ailleurs cette fiction juridique qui explique pourquoi les revirements de jurisprudence sont, par nature, rétroactifs (dès 1932, la Cour suprême des États-Unis a toutefois jugé conforme à la Constitution fédérale la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (*prospective overruling*) ; v. *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*, 287 U.S. 358 ; pour la France, v. CE, 11 mai 2004, n° 255886 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426, Bull. civ. II, n° 387). Que se passe-t-il quand il n'est plus question d'une décision de justice mais de la mise en résonance d'un ensemble de décisions rendues sur plusieurs décennies tranchant la même question litigieuse ? Le changement d'échelle et de configuration produit un changement de nature, de la même manière qu'un individu n'est pas assimilable à un peuple, un intérêt particulier à l'intérêt général, un atome de carbone au diamant. La donnée de probabilité sur un ensemble jurisprudentiel doit être appréhendée en elle-même. Elle est ce par quoi les tendances jurisprudentielles lourdes sont révélées. À cet égard, on voit bien que le droit positif interne interprété à vocation à devenir, à la faveur de l'analyse probabiliste, objet de preuve.

**La charge.** – Il résulte de la combinaison des articles 9 du Code de procédure civile et 1353 du Code civil qu'il appartient à celui qui forme une prétention – il s'agit de décrire la situation processuelle du point de vue des prétentions et non du procès dans sa globalité – de créer les conditions probatoires pour en assurer l'accueil. Sous cette apparente simplicité se cache néanmoins une réalité plus complexe (Vergès E., Vial G. et Leclerc O., *Droit de la preuve*, PUF, 2015, n°s 208 et s. ; dans certaines situations, la répartition de la charge de la preuve ne s'opère plus selon la situation processuelle mais selon l'aptitude à prouver ; v. par ex. : Cass. com., 11 déc. 2001, n° 99-10.595). Le risque de la preuve n'a toutefois pas véritablement d'emprise sur le droit positif interne interprété. Le fait pour une partie de ne pas utiliser d'instruments d'analyse probabiliste pour révéler les tendances jurisprudentielles lourdes ne conduit pas mécaniquement à son rejet. Et si une interprétation dominante est invoquée au soutien d'une demande, il appartient à celui qui la forme d'en rapporter la preuve sous peine qu'elle ne soit pas retenue. Il en résulte que la preuve probabiliste est un atout, une formalisation du risque judiciaire, un relai argumentatif, un indicateur à prendre en compte en matière de décisions contentieuses, et bien d'autres choses encore. Mais parce qu'elle porte seulement sur la couche interprétative du droit, elle n'est pas une variable du risque probatoire.

**Le mode.** – Les moyens qu'une partie peut mobiliser pour attester de la pertinence de ses prétentions relèvent de la question des modes de preuve. C'est d'une certaine manière l'étude du contenant de la preuve, de son vecteur, qu'il soit écrit (*instrumentum* d'un acte juridique, attestation, lettre, courriel), verbal (témoignage

à la barre, aveu extrajudiciaire purement verbal) ou même filmé ([www.nytimes.com/2015/05/25/nyregion/defendants-using-biographical-videos-to-show-judges-another-side-at-sentencing.html](http://www.nytimes.com/2015/05/25/nyregion/defendants-using-biographical-videos-to-show-judges-another-side-at-sentencing.html)). En matière de droit positif étranger, il est possible d'utiliser des certificats de coutume, de produire un rapport d'expertise juridique ou les conclusions résultant des procédures de coopérations judiciaires. Sous quelle forme verser aux débats la preuve probabiliste ? La discussion est ouverte. Parce qu'il s'agit de restituer les résultats algorithmiques, il est assez vraisemblable que des rapports d'expert privé soient utilisés mais également des modes de preuve plus dynamiques, tels que des visuels mettant en lumière le processus automatisé, les données usitées et les opérations effectuées.

**L'administration.** – La présentation en justice des preuves et son instruction font l'objet d'un encadrement processuel dédié (C. civ., art. 1357 ; CPC, art. 132 et s.), à l'instar du régime de l'expertise. En matière de preuve probabiliste d'accueil, de nouveaux types de protocoles d'examen, mêlant juridique et technique, ont toutes les chances d'émerger. La réflexion autour de ces protocoles implique d'entrer dans la granularité de la donnée de probabilité, sous l'angle au moins de deux facteurs essentiels : la hiérarchie judiciaire d'un côté, les évolutions normatives et leur application dans le temps de l'autre. La hiérarchie judiciaire a une incidence directe sur la pertinence des résultats probabilistes issus de l'utilisation des outils d'IA puisqu'elle impacte la pertinence des données judiciaires nécessaires à l'entraînement des modèles prédictifs. Ainsi, au sein d'une même affaire et vis-à-vis d'une question litigieuse donnée, plusieurs juridictions peuvent être amenées à se prononcer, la juridiction de première instance, la juridiction d'appel et la Cour de cassation. Or, lorsqu'une voie de recours est exercée contre une décision finalement censurée, celle-ci ne devrait pas être prise en compte. Les décisions disponibles mais non pertinentes car censurées peuvent être assimilées à une donnée d'entrée biaisée qu'il faut exclure des bases de données d'entraînement de l'algorithme d'apprentissage machine. Dans un cadre d'affaires multiples mais toujours vis-à-vis d'une question litigieuse donnée, l'autorité attachée à une décision de première instance est moindre que celle rendue par une cour d'appel, qui elle-même a une autorité inférieure à un arrêt de la Cour de cassation. Il en résulte une difficulté de pondération relative. Cela devrait conduire à réfléchir à une sorte de barème. Quant aux réformes législative et réglementaire, elles peuvent rendre caduques certaines décisions qui doivent, là encore, être assimilées à des données d'entrée biaisées qu'il faut exclure des bases de données d'entraînement. L'application dans le temps de ces modifications complexifie encore la situation car la même question litigieuse peut avoir plusieurs corpus juridiques applicables selon la date à laquelle elle s'est réalisée ou selon la date à laquelle le juge a été saisi. À nouveau, cela implique de spécifier les données de justice pertinentes.

**L'intensité.** – Sous réserve des hypothèses de preuve légale, où la valeur probante attachée à un mode de preuve en particulier est autoritairement fixée (par ex., en matière d'acte authentique – C. civ., art. 1371 –, d'acte sous signature privée – C. civ., art. 1372 –, ou d'aveu judiciaire – C. civ., art. 1383-2), les éléments versés par les parties au soutien de leurs prétentions sont souverainement appréciés par les juges du fond, qui en fixent la valeur probante, comme c'est le cas en matière de témoignage (C. civ., art. 1381), d'aveu extrajudiciaire purement verbal (C. civ., art. 1383-1) ou de tout élément de preuve lorsqu'elle est libre. En d'autres termes, la question du niveau de preuve est majoritairement dissoute dans le principe de libre appréciation des éléments de la cause par les juges du fond : il leur revient de fixer la



pertinence et la portée des preuves produites devant eux sans avoir à se référer à un standard de crédibilité (il existe au moins une exception, en matière de présomptions qui ne sont pas établies par la loi : si elles sont laissées à l'appréciation du juge, il ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, ce qui revient bien à fixer un seuil de crédibilité en-deçà duquel elles doivent être écartées ; v. C. civ., art. 1382). Certains systèmes juridiques connaissent une approche différente. Devant l'Office européen des brevets par exemple (mais c'est également vrai dans les systèmes juridiques anglo-saxons), les preuves sont en principe évaluées selon la règle de la "balance des probabilités" en vertu de laquelle si les preuves versées font apparaître un fait comme étant plus probablement vrai que faux, alors il est retenu comme vrai. Pour les faits aux conséquences les plus graves (rejet d'une demande de brevet ou révocation d'un brevet délivré), une règle plus exigeante est utilisée : ils doivent être prouvés "au-delà de tout doute raisonnable", ce qui correspond en pratique à un niveau de certitude presque absolu.

La pratique judiciaire française suit, de manière plus implicite toutefois, la même approche : la valeur probante d'un élément se mesure à sa crédibilité et le seuil à atteindre s'élève à mesure que l'enjeu en cause s'aggrave. Et si le caractère plus ou moins vraisemblable d'un fait allégué, qui en module la portée, peut être appréhendé par le juge sous la forme d'une probabilité (chances que ce témoin dise plus vrai que faux, probabilité que la volonté des parties contractantes ait été celle-ci plutôt qu'une autre), c'est précisément parce que la majorité des modes de preuve comportent une part d'incertitude dont il faut s'accommoder (c'est la raison pour laquelle ils sont dits *imparfaits*, ce qui les distingue de ceux qui relèvent du régime de la preuve légale pour lesquels l'appréciation judiciaire est écartée). Lorsqu'il est question de prouver, non un fait, mais le droit applicable, la démarche est finalement identique : le certificat de coutume utilisé comme mode de preuve pour établir le contenu d'un droit positif étranger est apprécié souverainement par les juges du fond (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 janv. 2007, n° 03-12.354, Bull. civ. I, n° 44). C'est là encore la part d'incertitude qui existe lorsqu'un magistrat doit se saisir d'une règle issue d'un système juridique qui n'est pas le sien mais qui reste couvert, du fait du litige, par son office, qui justifie cette solution. En prolongeant la logique et en passant de la norme à la jurisprudence, ne faut-il pas admettre que le volume des décisions rendues et la diversité des situations factuelles rendent insaisissable, et donc incertaine, la position prétorienne majoritaire sur une question juridique donnée ? La question du point de départ des délais de prescription, aussi essentielle que courante, l'illustre de manière assez flagrante (Klein J., *Le point de départ du délai de prescription*, thèse, Economica, 2013). Il faut par conséquent admettre que le droit positif interne, dans sa composante interprétative, soit incertain et, partant, objet d'une preuve dont les modalités d'appréciation doivent être définies, ce qui implique de construire et de spécifier des protocoles d'examen. Il s'agit là d'un défi majeur pour la preuve probabiliste et, dans son sillage, pour l'attractivité du contentieux français dont on sait bien qu'il participe au rayonnement de notre droit national en Europe et dans le monde.

## D – L'émergence d'une règle du précédent probabiliste

On le sait, le droit judiciaire privé français ne connaît pas la règle du précédent à la différence des systèmes juridiques anglo-saxons. C'est même exactement l'inverse : il est fait interdiction au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire (C. civ., art. 5 ; la généralité de certains attendus de principe de la

Cour de cassation peuvent toutefois poser question ; v. par ex., Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, Bull. ch. mixte, n° 1). Les juridictions sont ainsi libres de statuer dans le sens qu'elles considèrent approprié, sous réserve des voies de recours qui peuvent être exercées. Une prétention peut être accueillie sans qu'il soit nécessaire de vérifier si un juge, placé dans une situation factuelle et juridique équivalente, s'est d'ores et déjà prononcé favorablement. Par conséquent, les arguments jurisprudentiels, aussi utiles soient-ils, ne sont en rien indispensables. Cette présentation ne rend toutefois pas compte de la fonction régulatrice qu'exerce la Cour de cassation et du poids de la hiérarchie judiciaire. Il est évident que ses arrêts guident vigoureusement les juges du fond dans leur manière d'interpréter les normes juridiques. Ce phénomène a d'ailleurs été décrit sous la forme de deux lois. Loi d'imitation, d'une part : « *ce que la Cour de cassation a jugé, les juges du fond le jugeront* » ; Loi de continuité d'autre part : « *ce que la Cour de cassation a jugé dans le passé, elle le rejugera dans l'avenir* » (Capitant H., Terré Fr. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, précité, p. 82). Reste que si le volume de décisions disponibles croît fortement et que leur mise en lumière structurée pour un litige donné devient possible, l'emprise jurisprudentielle a vocation à encore s'accroître, rapprochant la pratique contentieuse française de celle des pays de *Common Law* (Garapon A., *Les enjeux de la justice prédictive*, JCP G 2017, n° 1, 31 ; Croze H., *La factulisation du droit*, JCP G 2017, n° 5, 101). En effet, les analyses statistique et probabiliste peuvent faire émerger une version singulière de la règle du précédent, qui ne tirerait sa force non de la loi mais d'un nombre suffisant de décisions statuant dans le même sens et sur la base de motifs analogues.

## L'emprise jurisprudentielle a vocation à encore s'accroître, rapprochant la pratique contentieuse française de celle des pays de *Common Law*.

Cette règle du précédent probabiliste n'a pour l'heure pas d'ancrage véritable. Son emprise et son intérêt font toutefois peu de doute. Ne donne-t-elle pas corps à l'objectif de prévisibilité du droit si souvent promu ? Son impact véritable devra cependant être minutieusement examiné, notamment au regard du droit au procès équitable (Ferrié S.-M., *Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable*, Procédures 2018, étude 4). L'effet d'uniformisation des décisions de justice qu'elle porte peut, selon les cas, être positif ou négatif. Si cet effet se traduit par une harmonisation des solutions jurisprudentielles, une même situation litigieuse donnant lieu à une même réponse sur l'ensemble du territoire, elle est un bienfait. Mais si l'uniformisation prend les traits d'une réticence à sortir des figures statistiques connues, conduisant à un appauvrissement mécanique des solutions jurisprudentielles disponibles, elle est un méfait (d'ailleurs, la responsabilité serait imputable aux justiciables et à leurs conseils, le juge étant tenu de « *se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* » : CPC, art. 5). ■