



V – QUELS EFFETS ? EFFETS DU DÉVELOPPEMENT DU NUMÉRIQUE SUR LES USAGES PROFESSIONNELS

13 Justice prédictive et évolution du métier d'avocat



Alexis Chabert,

avocat associé Delsol Avocats, membre du Conseil de l'Ordre (Lyon), président de la Commission Innovation et Exercice du droit

1 - Le séminaire e-Juris organisé à l'initiative de Mme Isabelle Sayn, directrice de recherche au CNRS/ Centre Max Weber, a permis de se convaincre - si tant est qu'il en soit besoin - que le terme « justice prédictive » tenait plus du fantasme ou du marketing que d'une réalité pratique à la portée de nos cabinets et surtout de nos clients justiciables.

En effet, il n'existe pas d'outils algorithmiques permettant de prédire une décision de justice et il n'en existera sans doute pas avant des décennies. Les principaux acteurs le reconnaissent eux-mêmes. Il ne faudrait pas en conclure pour autant que ces nouveaux outils n'auraient qu'un impact limité sur nos pratiques professionnelles et notamment sur le métier d'avocat. C'est tout le contraire !

2 - La force de ces outils réside dans la rencontre (encore partielle) entre les données jurisprudentielles et la capacité d'analyse de certains algorithmes. Cette rencontre en théorie permise par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qui prévoit un accès généralisé aux décisions de justice (art. 20 et 21), a cependant posé de nombreuses questions tant éthiques que techniques notamment s'agissant de l'anonymisation.

3 - **L'anonymisation : un débat éthique intéressant mais retardant la mise en œuvre d'une disposition légale essentielle pour l'avenir de la profession.** - La mise à disposition des décisions de manière globale et automatique pose la question de l'anonymisation, pas seulement des noms des parties mais aussi de ceux des magistrats¹ et des avocats. Le débat éthique, qui n'est sans doute pas encore définitivement clos, a pour conséquence première de retarder de manière regrettable l'accès à l'ensemble des décisions de justice.

1 V. sur ce sujet not. dans ce numéro, V. Rivollier, *Diffuser le nom des magistrats ou quelle conception de la justice en France ?*, p. 26.

C'est notre capacité à avoir accès de manière globale et exhaustive aux décisions de première instance et d'appel qui est essentielle à notre pratique et qui va avoir nécessairement une incidence sur nos pratiques, en particulier en droit des affaires.

Les premiers outils (par exemple : Caselaw Analytics ; Predictice ; Juripredis ou encore legalmetrics) qui sont disponibles sur le marché donnent déjà des résultats intéressants dans certains domaines, alors qu'ils sont encore à leur version Beta.

4 - Sans rentrer dans le débat sur l'étendue de l'anonymisation, que je souhaite la plus réduite possible, j'entends m'attacher ici à souligner les domaines de nos métiers que ces outils vont impacter nécessairement.

1. Un changement d'échelle s'agissant de la publicité des décisions de justice

5 - La publicité des décisions de justice qui est la règle depuis des décennies (CPC, art. 451, art. 1016 et 1440) mais qui restait

théorique car plutôt artisanale dans sa mise en œuvre, va, en effet, devenir une réalité pratique, en particulier pour les entreprises qui ne bénéficient pas du droit à l'anonymisation.

À l'heure où notre société prône une transparence absolue, il semble difficile de combattre le principe même de cette mise à disposition généralisée. Ainsi, même si certains

voudraient que ne soient pas confondues la publicité des décisions de justice, principe intangible dans notre démocratie, et la mise à disposition de bases de données exhaustives qu'il faudrait limiter, je crois qu'il ne faut pas craindre la mise en œuvre de ces bases de données mais, au contraire, l'encourager.

Plus le nombre d'acteurs et d'utilisateurs sera important, plus ces bases de données seront utilisées avec un esprit critique suffisant pour garantir la protection de nos droits fondamentaux. Il existe d'ores et déjà bon nombre de textes qui permettraient de sanctionner les abus en ce domaine.

6 - La conséquence pour les personnes morales (société civile ou commerciale, association et autres structures juridiques dotées de la personnalité morale) est qu'il n'y aura plus demain de droit à l'oubli les concernant, tout comme pour les avocats et les ma-



gistrats ! S'agissant des auxiliaires de justice que nous sommes, cette transparence est absolument nécessaire et normale car en tant que professionnels responsables nous devons assumer nos travaux, que ce soit dans l'élaboration d'un système de défense ou dans la décision rendue.

Pour les parties, personnes morales, le débat est tout autre. En effet, l'accès facilité à l'ensemble des décisions de justice grâce à des moteurs de recherches performants va permettre de cartographier le contentieux de l'entreprise. Il va permettre l'établissement d'un véritable « casier judiciaire », non plus seulement pour les infractions pénales de certaines entreprises mais aussi pour les décisions civiles et commerciales où elles seront parties ou même seulement citées.

Si l'accès à l'actuel casier judiciaire d'une personne est strictement limité, il n'en sera pas de même de cette cartographie du contentieux des entreprises qui sera consultable par tous les utilisateurs de ces nouveaux prestataires de service.

7 - Cette réalité va sans doute conduire nos clients à vouloir éviter une décision de justice qui sera consultable facilement par un grand nombre de personnes et d'adversaires potentiels, que ce soit des salariés ou des partenaires commerciaux, par exemple. Une des conséquences de l'utilisation de ces nouveaux outils, est de devoir accompagner nos clients dans **la protection de leur image judiciaire**, en évitant, autant que faire se peut, que des décisions négatives viennent alimenter ces bases de données.

8 - Ainsi, sans même que l'analyse prédictive des décisions de justice n'entre en jeu pour atténuer l'aléa judiciaire, cette publicité pourrait faciliter la conclusion de transactions ou la mise en œuvre de procédures de médiation ou d'arbitrage. Il revient à l'avocat d'en tenir compte dans les conseils qu'il pourra prodiguer à ses clients pour les sensibiliser à cette nouvelle réalité, dont ils sont finalement assez peu conscients.

2. Lutter contre l'aléa judiciaire et garantir une meilleure sécurité juridique pour nos concitoyens

9 - La seconde évolution permise par ces outils est l'analyse statistique de décisions de première instance et d'appel, grâce à des moteurs de recherches performants et des algorithmes dotés d'intelligence artificielle plus ou moins évoluée².

L'intérêt de ces fonctionnalités est leur capacité, promise, réelle ou fantasmée, à réduire l'aléa judiciaire. C'est un enjeu majeur, notamment dans le domaine du droit des affaires où les acteurs n'attachent rien d'autre que la sécurité juridique pour garantir le développement serein de leur activité. Le rôle de l'avocat, que ce soit dans une phase de conseil ou dans le cadre de la gestion d'un contentieux, est d'anticiper la solution d'un litige pour livrer la stratégie la plus efficace.

Un outil qui permet à un avocat de réduire l'aléa judiciaire est donc amené à devenir totalement indispensable à son activité. Pour la majorité des acteurs, **l'enjeu est ainsi d'anticiper le ré-**

sultat d'un procès pour l'éviter... peu importe finalement la solution, pourvu qu'elle soit connue.

10 - Là encore, nous ne pouvons pas combattre le principe même d'un outil qui permettrait d'anticiper la solution d'un litige car la base même de l'état de droit est de pouvoir connaître au préalable les règles du jeu démocratique. Pour ce seul motif, il nous faut appeler de nos vœux la mise en œuvre rapide de l'open data des décisions de justice qui devrait permettre une harmonisation des décisions de justice. Des situations identiques ou similaires doivent être jugées de manière identique ou similaire, car dans un monde utopique la personnalité des juges et le talent des avocats ne devraient en principe avoir qu'une incidence limitée sur la solution du litige.

11 - La question est ici de savoir si ces algorithmes vont permettre de classer les situations identiques et similaires pour déterminer dans la jurisprudence passée les solutions les plus souvent adoptées.

Il existe, en droit des affaires ou en droit des personnes, des contentieux « simples » (cette simplicité s'entend dans leur approche judiciaire qui ne doit évidemment pas se confondre avec l'impact psychologique éventuel de ces litiges) pour lesquels on voit bien que ces outils aboutiront tôt ou tard à l'élaboration de barèmes indemnitaires. C'est le cas de la rupture brutale des relations commerciales établies ou de l'indemnisation du préjudice corporel, par exemple (en cette matière les barèmes existent d'ailleurs déjà). Or, l'existence d'un barème « révélé » par ces outils d'analyse aura des conséquences quasiment automatiques sur le nombre des contentieux, comme on a pu d'ailleurs le constater en droit social.

Un barème déduit d'une pratique a-t-il la même valeur que celui qui a été réfléchi et élaboré dans le cadre d'études scientifiques ?³. Un tel débat aussi intéressant soit-il au plan intellectuel n'aura sans doute en pratique que peu d'incidence sur leur adoption par les juges et les praticiens du droit et partant, sur la réduction du contentieux. **Une fois connue avec une relative certitude la solution du litige en termes de quantum indemnitaire, les acteurs vont éviter le procès pour conclure des accords.** C'est d'ailleurs peut-être même une des limites intrinsèques de ces outils, à terme, car en facilitant la réduction des contentieux, ils vont se priver des données jurisprudentielles qui sont indispensables à la pertinence de leur modèle.

12 - Il existe cependant de nombreux autres domaines où l'analyse statistique des décisions est beaucoup plus ardue. Par exemple, l'appréciation de la gravité des fautes d'un cocontractant pour justifier la rupture d'un contrat, l'appréciation du comportement dolosif d'un vendeur, l'appréciation des fautes de gestion d'un dirigeant dans le cadre d'une action en comblement de passif. Autant de domaines où il sera difficile de classer les situations identiques ou similaires.

Il sera alors de fait très difficile d'anticiper, à l'aide de statistiques passées, la décision d'un nouveau litige.

² Sur ce sujet V. not. dans ce numéro V. Sicot, *Les traitements de la Jurisprudence par LexisNexis*, p. 37.

³ V. not. dans ce numéro, B. Jeandudier, J.-Cl. Ray, J. Mansuy, *Analyses quantitatives de décisions de justice en matière de prestation compensatoire dans une perspective de justice prédictive*, p. 41.



13 - Il ne faut certainement pas pour autant en déduire que ces outils n'auront pas plus d'utilité que les outils anciens, qui permettent déjà de chercher les jurisprudences les plus pertinentes qui semblent correspondre à notre situation, pour étayer notre argumentation et influencer la décision des juges.

En effet, la masse de données et une analyse fine pourront par exemple permettre de déterminer que sur les 6 derniers mois les fautes de gestion commises par un dirigeant ont conduit à sa condamnation dans 6 procès sur 10 initiés par tel ou tel mandataire de justice. Cette information ne permet pas de prédire la solution de son litige mais donne une indication statistique intéressante aux usagers du droit.

Ces outils permettent ensuite un niveau d'analyse plus poussé pour tenter de déterminer quelles sont les circonstances qui ont pu faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre. Ainsi, réaliser que dans tous les cas de condamnation, le tribunal a constaté des flux financiers illicites permet d'en conclure qu'il s'agit là d'un critère prépondérant.

Au-delà de cet exemple, il existe des dizaines de situations où une analyse fine des statistiques judiciaires permet d'améliorer nos conseils.

Notre analyse ne va ainsi plus se focaliser uniquement sur la pertinence de nos arguments juridiques mais sur l'appréciation globale et statistique de ce type de contentieux par une juridiction donnée. Ainsi, un client pourra apprécier et connaître au préalable que devant tel tribunal de commerce le dol ayant vicié une cession d'entreprise n'a été admis que dans 15 % des cas.

Cette information a une réelle valeur dans notre obligation de conseil.

14 - L'efficacité de ces outils et les informations statistiques qui peuvent en être déduites pourraient demain avoir une incidence sur notre propre responsabilité. Notre devoir de conseil implique en matière contentieuse notamment d'éclairer nos clients sur les chances de succès d'un procès. C'est d'ailleurs la question que tous nos clients posent.

Si des outils existent pour objectiver notre réponse, alors nos clients, les premiers, vont exiger qu'on les utilise. Plutôt qu'ils nous le suggèrent, il faut anticiper leurs souhaits et utiliser dans nos rendez-vous préparatoires ces outils comme une source d'information et une meilleure garantie de l'efficacité de nos conseils. Contrairement aux propos des habitués Cassandre, il ne s'agit nullement de nous remplacer mais de nous aider et de faire savoir à nos clients qu'ils sont accompagnés par des conseils en pointe dans la connaissance du risque judiciaire.

15 - S'agissant de l'utilisation de ces outils, l'anticipation est d'autant plus nécessaire que ce sera demain un enjeu de responsabilité puisqu'il pourrait nous être reproché d'avoir engagé un procès sans avoir au préalable donné à notre client des éléments statistiques sur les chances de succès du procès. La Cour de cassation rappelle souvent que l'avocat a le devoir de déconseiller

l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec⁴. **Une statistique de succès inférieure à 5 % sera-t-elle demain considérée comme une action vouée à l'échec ?**

3. Des questions éthiques à prendre en compte et qui ne doivent pas empêcher le développement de ces solutions

16 - Si ces outils vont nous apporter des solutions intéressantes pour nos pratiques, il ne faut pas nier qu'ils posent aussi des questions éthiques et que les risques de conséquences négatives pour les justiciables et les professionnels du droit sont réels.

Les excès qui pourraient survenir dans l'utilisation de ces outils ne doivent pas les condamner a priori. L'enjeu est au contraire **d'apprendre à les utiliser avec un esprit critique et un recul suffisant** pour que l'on ne devienne pas esclave de ces solutions.

17 - La question des statistiques qui pourraient être réalisées à partir du nom des magistrats est un problème sérieux⁵. Ainsi que je l'évoquais plus haut, déterminer que tel tribunal de commerce a relevé une faute de gestion dans 6 dossiers sur 10 où était demandé un comblement de passif est une information intéressante, voire essentielle, dans le cadre du devoir de conseil de l'avocat.

Faut-il en déduire que l'analyse des décisions par magistrat aurait la même pertinence ? Sans doute pas, car les règles de procédure civile induisent qu'il est quasiment impossible de prévoir quels seront le ou les magistrats qui siègeront dans le cadre d'un procès. En pratique, cette réalité rend assez inutile de connaître par anticipation les statistiques d'un juge. Pourtant le débat est permis et il ne me semble pas que de telles analyses statistiques heurteraient notre état de droit.

Au contraire, il paraît très excessif d'avoir imaginé une infraction pénale pour pénaliser celui qui organiserait une sorte de profilage des juges. Cette infraction paraît d'autant plus aberrante que son élément matériel est extrêmement large : « *Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées* ».⁶

En effet, ce texte donne l'impression négative que le travail d'un magistrat ne pourrait être critiqué, alors même que c'est la base de notre système judiciaire qui prévoit un double degré de juridiction et un degré de cassation.

Analyser leur pratique et leur raisonnement ne devrait poser aucun problème en soi puisque ces derniers rendent quotidien-

⁴ par ex. Cass 1^{re} civ., 23 nov. 2004, n° 03-15.090 et 03-16.565.

⁵ V. V. Rivollier, préc. note 1.

⁶ COJ, art. L. 111-13 modifié par L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art.33 (V).



nement une justice de qualité basée sur leur analyse fine des situations, tant au niveau factuel que juridique. Ils ne devraient donc pas craindre ces analyses et ces comparaisons.

18 - On peut ici déplorer que les excès que l'on peut craindre de tel ou tel justiciable ou professionnel malveillant à leur égard et qui serait déjà sanctionné par des textes généraux, conduisent à la limitation de ces nouveaux outils.

19 - Par ailleurs, l'uniformisation de la jurisprudence qui peut être souhaitable pour garantir l'égalité de tous devant la justice, implique cependant qu'elle puisse conduire à un certain déterminisme des magistrats. Il s'agit ici d'une réalité sociale bien connue qui consiste à être bien moins capable de changement lorsque l'on sait que la majorité de ses collègues a pris une décision dans un sens précis. C'est là un grand changement pour les magistrats et les avocats dans leur pratique de l'évocation de la jurisprudence. On ne citera pas seulement des décisions qui vont aller dans le sens de notre argumentation mais un ensemble de décisions et même de statistiques pour souligner que la solution du litige que l'on sollicite a été adoptée par 80 % des magistrats dans les décisions rendues durant ces 12 derniers mois.

Bien-sûr, avant que cette information puisse être utilisée avec pertinence, il faudra que les professionnels puissent contrôler ces outils et leur fonctionnement par le biais d'une certification par exemple.

20 - Lorsque ces outils seront validés et que l'on sera dans la position de celui qui doit combattre cette statistique, le combat pourra alors paraître inégal. Nous devons anticiper cette réalité et notamment comprendre et apprendre la manière dont ces algorithmes fonctionnent. Lors du séminaire, les spécialistes des statistiques se sont montrés plutôt rassurants en indiquant que rien n'était plus facile que de démonter une statistique⁷.

Ces questions méritent débats et travaux en commun pour que les auxiliaires de justice que sont les avocats participent pleinement à l'élaboration de bonnes pratiques s'agissant de l'utilisation des résultats de ces outils.

21 - Nos formations doivent évoluer tant dans les écoles d'avocats qu'à l'ENM pour sensibiliser les professionnels à l'utilisation et à l'impact de ces outils statistiques ou prédictifs.

Il y a urgence, selon moi, à avancer sur ce chemin, ces outils existent et sont déjà utilisés par certains acteurs.

4. Des limites à l'hégémonie annoncée de ces outils

22 - **Il existe un certain nombre de limites qui s'attachent à ces outils et qui constituent autant de points d'attention car ils impactent la pratique au sein de nos cabinets.**

Il faut d'abord souligner qu'en l'état actuel de notre système judiciaire, la jurisprudence n'est pas une source de droit positif en droit romano-germanique, contrairement au système anglo-saxon. Contrairement à certains acteurs de ce nouveau marché qui plaident pour l'avènement d'un nouvel ordre juridique (Le droit Isométrique), il ne me semble pas envisageable, dans un avenir proche, de faire de la jurisprudence une source de droit à part entière.

La loi, les règlements et (à la marge) la jurisprudence des Cours suprêmes demeurent, en principe, les seuls fondements de nos actions en justice et des décisions rendues. La jurisprudence de première instance demeure un « simple » éclairage. Cette réalité pourrait constituer une des principales limites à l'impact effectif de ces solutions sur la pratique des magistrats, qui pourraient considérer qu'ils ne sont jamais liés par la jurisprudence de première instance de leur collègue. Ce serait dommage. Il faut sans doute trouver un juste milieu entre la modification de l'ordre juridique intégrant la jurisprudence de première instance comme source du droit et la mise à l'écart de ces solutions.

La seconde limite de ces outils réside dans une réalité pratique bien souvent ignorée non seulement des acteurs de la justice prédictive mais aussi des justiciables en général.

La solution d'un litige dépend bien souvent de la capacité des parties à apporter la preuve de leurs allégations que de l'interprétation jurisprudentielle de tel ou tel texte ou principe juridique. Quelles que soient les évolutions des pratiques s'agissant de ces outils qui pourraient ou non conduire à la modification de l'ordre juridique (très improbable), l'enjeu de la preuve demeurera ainsi prépondérant dans la constitution et la préparation de nos dossiers.

Il ne servira à rien de savoir que telle faute d'un chef d'entreprise constitue une faute de gestion conduisant à sa condamnation en comblement de passif dans 90 % des décisions rendues, si on n'est pas capable de démontrer l'existence de cette faute. En matière de concurrence déloyale, par exemple, la preuve est un enjeu plus qu'essentiel et l'analyse des décisions de jurisprudence de première instance n'aurait alors qu'un impact limité. Il ne s'agit ici que d'exemples, mais ces situations sont courantes dans nos cabinets. La faiblesse d'un dossier peut résulter assez souvent d'une offre de preuve insuffisante et non pas d'un courant de jurisprudence qui serait contraire à nos thèses juridiques.

23 - **En conclusion**, les avocats doivent s'impliquer encore davantage dans le développement et l'utilisation de ces outils pour en tirer le meilleur bénéfice pour leurs clients. Il en est de même pour les magistrats, qui n'ont certes pas les mêmes besoins mais qui pourraient en tirer eux aussi un bénéfice dans l'intérêt du justiciable. Pour tous l'enjeu sera de rester maître de ces solutions qu'il faudra toujours utiliser avec un esprit critique, ce qui est le propre même de tout bon juriste. ■

⁷ V. B. Jeandidier, J.-Cl. Ray, J. Mansuy, préc. note 3.