

Les algorithmes et les avocats : utopies, concurrence, normes et régulation

Par Christophe Dubois, Chargé de cours – ULiège/FaSS – C.Dubois@uliege.be

Legaltech, Open Law, Blockchain, Artificial Legal Intelligence, outils prédictifs et outils d'aide à la décision, éthique des algorithmes : les thématiques traitées lors de ce *Legal Tech Congrès 2018* rendent compte, notamment, de quatre évolutions interdépendantes. J'aimerais ici les reprendre avec vous. Une évolution technologique d'abord, basée sur la conception, le développement et l'usage d'algorithmes, de plateformes, de l'AI, etc. Une évolution du marché des services juridiques ensuite, basée sur l'offre et la demande de services – automatisés ou non – de rédaction de contrats, d'avis et de documents juridiques divers et variés. L'on observe aussi une évolution du droit et des normes – juridiques ou non – liée, notamment, aux formes de régulation par le code et aux formes de régulation par les données. Enfin, une évolution des métiers du droit en général et de la profession d'avocat en particulier, c'est-à-dire de ses pratiques, de ses savoirs et de sa déontologie, mais aussi de ses structures ordinaires de régulation¹.

1. Evolutions technologiques et illusions techniciennes

Quotidiennement, les médias et de nombreux « experts » présentent les évolutions technologiques en général et digitales en particulier comme autant de révolutions². Ces discours empruntent souvent le ton prospectif optimiste du déterminisme technologique³. Ceci signifie d'une part qu'ils postulent que le développement et l'usage de ces technologies sont autonomes, pleins de promesses et indépendants du contexte social dans lequel elles sont introduites. En d'autres termes, ces discours visent à nous convaincre que les technologies vont être de plus en plus capables de travailler pour nous et à notre place, qu'on le veuille ou non, avec ou sans notre concours. D'autre part, ces discours sont animés par un marketing qui oublie souvent d'assumer les biais des expériences innovantes⁴ et « les désillusions anciennes » relatives, notamment, à divers chantiers d'informatisation⁵, de gestion des processus et de pilotage automatique⁶ dans des organisations publiques et privées.

¹ Bastard, B., Boigeol, A., Patricia, B. H., Roux, L., Jamet, L., & Printz, A. (2016). *Éthique et TIC: A quoi sert*

² Voyez notamment Wickers, T. (2014). *La grande transformation des avocats: essai*. Paris : Dalloz et Susskind, R. E., & Susskind, D. (2015). *The future of the professions: How technology will transform the work of human experts*. Oxford University Press, USA.

³ Katz, D. M. (2014). The MIT School of Law-A Perspective on Legal Education in the 21st Century. *U. Ill. L. Rev.*, 1431 ; Bruce H. Kobayashi & Larry E. Ribstein, *Law's Information Revolution*, 53 ARIZ. L. REV. 1169 (2011); Larry E. Ribstein, *Delawyering the Corporation*, 2012 WIS. L. REV. 305

⁴ Chouldechova, A. (2017). Fair prediction with disparate impact: A study of bias in recidivism prediction instruments. *Big data*, 5(2), 153-163.

⁵ Pavé, F. (1989). *L'illusion informaticienne*. Paris : L'Harmattan.

Penchons-nous un instant sur les utopies techniciennes⁷ au cœur de ces discours. Premièrement, ces discours présentent la situation contemporaine en termes de rupture : *The End of Lawyers*, *The Future of Professions*, *La grande transformation du droit*, *The Second Machine Age*, *Robot Law*⁸. Deuxièmement, ils insistent sur l'initiative individuelle des consommateurs et des producteurs. Les premiers réclameraient ainsi, selon eux, une justice moins coûteuse, plus efficace, plus efficiente, plus globale, plus prévisible et plus simple⁹. Quant aux producteurs, ils seraient censés ne plus rien attendre des institutions et uniquement miser sur leur propre esprit entrepreneurial, sur leur quête de l'intérêt individuel, sur leur *empowerement*. Troisièmement, ces discours décrivent un marché du droit idyllique et pacifié par la confiance entre agents, la décentralisation et l'horizontalité des échanges, la transparence des processus, l'*Open Access*, la gratuité et le zéro défaut. Bien entendu, certains paradoxes émanent de ces discours qui promettent simultanément aux professionnels une optimisation des capitaux disponibles, de nouvelles marges bénéficiaires et un partage des données... dans un univers de plus en plus concurrentiel où ils sont tenus par les promesses faites aux consommateurs en termes de prix écrasés, de transparence, de rapidité, etc.

2. Evolution du marché des services juridiques : des discours aux pratiques

S'il tente de confronter ces discours pleins de promesses aux faits observables sur le marché des services juridiques, l'observateur risque de constater que l'effet de rupture annoncé n'est pas neuf. Il s'inscrit dans le prolongement des travaux de Reed Lawlor qui, en 1963¹⁰, supposait déjà que les ordinateurs seraient un jour capables d'analyser et de prédire les résultats des décisions judiciaires. Ensuite, on observe que l'apparition de nouveaux acteurs intermédiaires sur le marché ne se traduit pas automatiquement par une baisse des prix. En effet, de nombreux investisseurs privés (parmi lesquels figurent de grandes enseignes de l'édition juridique) ont très vite perçu dans les services innovants proposés sur marché du droit de nouveaux *business models*. Plusieurs plateformes passent alors de l'échange gratuit à la transaction marchande ; diverses applications passent du *fremium* au *premium* puis au *gold* ; de nombreuses *legaltech startups* sont rachetées par de grands groupes et de grands cabinets. L'intérêt économique de ces innovations réside notamment dans le fait qu'elles peuvent avoir deux clients : les producteurs et les demandeurs de services juridiques, ce qui fait de leurs propriétaires des intermédiaires B2C (*business to consumers*). Notons enfin que les coûts des services juridiques en ligne, abondants et moins chers, sont en réalité assumés par les travailleurs et les *consom'acteurs*¹¹.

⁶ Segrestin, D. (2004). *Les chantiers du manager*. Paris : Armand Colin.

⁷ Ce paragraphe et le suivant s'inspirent de l'article de Marie-Anne Dujarier au sujet de l'économie collaborative : Dujarier, M.A., 2018, « De l'utopie à la dystopie : à quoi collabore l'économie collaborative ? ». *Revue française des Affaires sociales*, 2, p.92-100.

⁸ Susskind, R. E. (2008). *The end of lawyers?: rethinking the nature of legal services* (p. 29). Oxford: Oxford University Press ; Susskind & Susskind, 2015, *op. cit.* ; Wickers, 2014, *op. cit.* ; Brynjolfsson, E., & McAfee, A. (2014). *The second machine age: Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*. WW Norton & Company ; Calo, R., Froomkin, A. M., & Kerr, I. (Eds.). (2016). *Robot law*. Edward Elgar Publishing.

⁹ Cf., notamment, le rapport de l'Institut Montaigne (2017).

¹⁰ Lawlor, R. C. (1963). What computers can do: Analysis and prediction of judicial decisions. *American Bar Association Journal*, 337-344.

¹¹ Dujarier, M. A. (2014). *Le travail du consommateur: De Mac Do à eBay: comment nous coproduisons ce que nous achetons*. La découverte.

En fin de compte, ces innovations permettent-elles systématiquement aux clients d'être mieux conseillés ? Leurs contrats sont-ils mieux rédigés ? Les solutions juridiques offertes sont-elles optimales ? Comment le temps et l'argent gagnés sont-ils réinvestis ? Les réponses à ces questions restent encore incertaines au regard des promesses souvent enchantées.

3. Evolution du droit et des normes

Avec les premiers développements du World Wide Web au début des années 1990, la mise en réseau d'une multitude d'ordinateurs provoque un accroissement exponentiel des échanges d'informations. Divers algorithmes sont alors conçus pour collecter, stocker, chercher, retirer et créer les informations comprises dans ces masses de données. Ces algorithmes consistent en des suites d'instructions univoques (c'est-à-dire non ambiguës) guidant un ordinateur – c'est-à-dire une machine algorithmique – vers l'exécution d'une tâche, en particulier vers la résolution d'un problème. La règle du "IF... THEN..." en constitue l'instruction idéale-typique, "IF" représentant la condition et "THEN" la conséquence logique¹². Certains systèmes de vidéo-surveillance sont ainsi basés sur des algorithmes conçus pour analyser en temps réel des images vidéos¹³. Pour ce faire, leurs concepteurs ont établi des règles précises afin de distinguer les personnes des bagages dans les aéroports ou les gares notamment, puis pour distinguer les données non pertinentes (par exemple, une personne marchant de manière aléatoire avec ses bagages) des données pertinentes (une personne déposant ses bagages avant de poursuivre son chemin). Dans les immenses dépôts d'Amazon.com, ce sont également des algorithmes qui organisent le travail de stockage en orientant les articles en fonction de leur volume et des espaces disponibles sur les rayons de rangement¹⁴. Dans les deux cas, les algorithmes contraignent les travailleurs chargés de la surveillance et du rangement à s'en remettre aux algorithmes pour signaler les bagages suspects et pour expédier les articles achetés par les clients.

En étudiant ces instructions algorithmiques inscrites dans les lignes de codes, Larry Lessig¹⁵ établit que « *Code is Law* ». En effet, le code informatique fait Loi dans un espace physique de plus en plus digital¹⁶. Dans un tel contexte, la régulation des informations et des comportements davantage de l'infrastructure technique des plateformes, des applications et des logiciels que des normes juridiques. Le titre de l'ouvrage Lessig, *Code is Law*, invite également à considérer que les algorithmes permettent de nouvelles formes de normativité qui ne découlent pas simplement de l'État de droit traditionnel, mais peuvent le remplacer, ou du moins lui faire concurrence. Elles permettent notamment la surveillance et la modification de certains comportements via les médias sociaux, les moteurs de recherche, les applications e-santé et de fitness, ou encore l'application de circulation *Waze*.

¹² Certains auteurs comparent définissent également les algorithmes en référence aux fonctions récursives en mathématiques, au point d'en faire une clé d'interprétation de la modernité. A ce sujet, voyez Totaro, P., & Ninno, D. (2016). Algorithms and the practical world. *Theory, Culture & Society*, 33(1), 139-152.

¹³ Neyland, D., & Möllers, N. (2017). Algorithmic IF... THEN rules and the conditions and consequences of power. *Information, Communication & Society*, 20(1), 45-62.

¹⁴ Danaher, J. (2016). The threat of algocracy: Reality, resistance and accommodation. *Philosophy & Technology*, 29(3), 245-268.

¹⁵ Lessig, L. (2006). *Code: Version 2.0*. New York, <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.

¹⁶ A propos de la notion d'*onlife world* qui rend compte de ce constat, voyez Floridi, L. (2007). A look into the future impact of ICT on our lives. *The information society*, 23(1), 59-64 et Hildebrandt, M. (2016). Law as Information in the Era of Data-Driven Agency. *The Modern Law Review*, 79(1), 1-30.

Lorsque l'on se penche sur ces formes de normativité algorithmique, il convient de distinguer deux types de régulation normative¹⁷. D'une part, la régulation par le code repose sur des algorithmes auto-exécutoires, conçus à partir d'une règle de type « IF... THEN... » inscrite dans du code informatique. Ainsi, les systèmes de vidéosurveillance et ceux de stockage déjà évoqués indiquent que la définition de normes contribue à modifier les comportements des bagages et des voyageurs dans les gares et les aéroports, mais aussi ceux des articles et des manutentionnaires chez Amazon. D'autre part, la régulation par les données repose sur des algorithmes prédictifs qui déduisent des normes – au sens statistique en ce qui les concerne – destinées à surveiller, prévoir et influencer les comportements. Ces inférences sont en réalité des déductions, basées sur l'analyse répétée et entraînée (avec le *machine learning*) de données massives et sur la mise en évidence de corrélations. Elles reposent sur des algorithmes souvent opaques¹⁸ et ne proposent pas d'explications causales, encore moins des justifications, mais permettent de fournir une aide à la décision et des conseils fondés. La régulation par les données est à l'œuvre dans les algorithmes *page rank* des moteurs de recherche qui font remonter les résultats les plus consultés sans tenir compte de la véracité des informations et indépendamment des causes exactes de la recherche¹⁹. Elle opère également dans le célèbre logiciel COMPAS utilisé par plusieurs tribunaux américains pour prédire les risques de récidives des détenus en fin de peine²⁰.

Ceci dit, comment peut-on envisager l'impact de ces technologies algorithmiques sur la pratique juridique ? Si l'on considère que la pratique juridique consiste le plus souvent à appliquer le droit ou à participer à son élaboration, deux éléments saillants de cette activité doivent être considérés : le travail juridique porte sur l'ambigüité (qu'il s'agit d'appréhender) et sur le sens (qu'il s'agit de dégager). En effet, ce travail suppose tout d'abord que les juristes connaissent les innombrables sources de droit, mais aussi qu'ils comprennent les multiples normes existantes et les tout aussi nombreux problèmes à résoudre. Pour trouver la solution à un problème juridique, les juristes peuvent notamment s'appuyer sur certaines règles de logique²¹, sur certaines règles de langage²² et sur leur pouvoir d'appréciation afin de *saisir le sens – souvent ambigu – des normes*. Enfin, il leur incombe aussi de *sélectionner les faits pertinents* et de les établir sur les plans physiques et juridiques. Par conséquent, le travail juridique en général, et plus particulièrement le raisonnement juridique, sont irréductibles à la digitalisation. Il semble donc utopique d'attendre que l'informatisation, les algorithmes et le *machine learning* fournissent une solution automatique et définitive à tous les problèmes juridiques²³. Par contre, l'étude de Nikolaos

¹⁷ Hildebrandt, M. (2018). Algorithmic regulation and the rule of law. *Phil. Trans. R. Soc. A*, 376(2128)

¹⁸ Les algorithmes opèrent souvent comme des boîtes noires (*blackboxes*). C'est ainsi qu'en 2014, la Cour de justice européenne a rendu un verdict annulant une directive européenne portant sur la conservation des données. La directive exigeait que les opérateurs de télécommunications conservent les données relatives à leurs clients entre 6 mois et 2 ans. Mais la Cour a estimé que la directive portait atteinte au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. Plus récemment, le GDPR concerne les sites web et les plates-formes numériques qui, en Europe, tracent et suivent nos empreintes numériques.

¹⁹ Langville, A. N., & Meyer, C. D. (2011). *Google's PageRank and beyond: The science of search engine rankings*. Princeton University Press.

²⁰ Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., & Kirchner, L. (2016). Machine bias. *ProPublica*, May, 23.

²¹ Leclercq, B., & Bouquiaux, L. (2017). *Logique formelle et argumentation*. Bruxelles : De Boeck.

²² Aletras, N., Tsarapatsanis, D., Preoțiu-Pietro, D., & Lampos, V. (2016). Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A natural language processing perspective. *PeerJ Computer Science*, 2, e93.

²³ Le Pr Bourcier indiquait en outre que les algorithmes, aussi développés soient-ils, ne peuvent actuellement rencontrer les exigences de discrétion, de délibération et de motivation de la décision judiciaire, ces exigences étant typiques d'un droit fondé sur le langage humain.

Aletras et ses collègues²⁴ ainsi que celle d'Ivar Timmer²⁵ et les initiatives d'*Online Lawyers* – leur plateforme *Lawrenza*²⁶ – et de indiquent que ces technologies peuvent considérablement contribuer à l'élaboration d'argumentations, à la mise au jour des normes applicables, à la prédiction des décisions judiciaires et à la construction de solutions envisageables. Ces exemples indiquent que les technologies algorithmiques permettent aux juristes de mieux maîtriser la diversité des problèmes juridiques et la complexité des normes destinées à les résoudre. L'analyse systématique de volumes importants de décisions et d'autres sources juridiques est donc de nature à modifier la tâche des juristes et la manière dont le raisonnement juridique est réalisé, pour autant que ces sources et décisions soient numérisées et disponibles. C'est là l'un des chantiers qui mobilise le Ministre Geens ainsi que les Ordres communautaires depuis près de trois ans.

4. Evolution de la profession d'avocat et du rôle des Ordres : nécessité d'entreprendre

Mes collègues de l'Université de Liège et moi-même avons étudié, au cours de l'année écoulée, le rôle prépondérant joué par l'O.V.B. et Avocats.be en matière de modernisation de la Justice²⁷. Notre étude nous a notamment permis de souligner la triple posture entrepreneuriale adoptées par les Ordres depuis 2015. Entrepreneurs politiques, les Ordres communautaires ont signé en 2016 un protocole de coopération avec le Ministre Geens dans le but de concevoir, développer et gérer des outils digitaux, dont *Regsol* et *DPA-deposit*. Entrepreneurs économiques, ils investissent leurs ressources – en temps, en énergie, en réputation et en argent – pour concevoir, développer et gérer ces nouveaux outils digitaux. Ces investissements sont bien entendu réalisés dans l'espoir de gains futurs. Entrepreneurs moraux, ils informent, sensibilisent et stimulent leurs membres à innover et à « surfer la vague du digital »²⁸ en mobilisant des discours parfois marqués par un certain déterminisme technologique et annonciateurs de lendemains enchantés. Toutefois, il est heureux que les débats, qui se concentrent trop souvent sur les dimensions technologiques, aient pu intégrer, aujourd'hui, les enjeux idéologiques, marchands, juridiques, politiques et professionnels de ces évolutions. Car les évolutions dont il est question aujourd'hui posent des questions urgentes et importantes pour les professionnels du droit mais aussi pour la société. Quant aux plateformes *Regsol* et *DPA*, elles ne constituent ni des solutions suffisantes, ni des solutions définitives. Car le marché des services juridiques évolue à un rythme que les institutions publiques ne peuvent pas suivre. Et cela est heureux ! Toutefois, la balle doit rester entre les mains de l'Etat et les vôtres. Comme aime à la répéter Patrick Henry, co-auteur du rapport « L'avocat demain », c'est à vous d'agir !

²⁴ *Idem*.

²⁵ Timmer, I. (2016). Changing roles of legal: On the impact of innovations on the role of legal professionals and legal departments in contracting practice. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*, 2(1-2), 34-47.

²⁶ <https://lawrenza.com/>

²⁷ Voyez Dubois C., Mansvelt V., Delvenne P., 2019, De l'informatisation à la digitalisation : le rôle de l'avocature dans la politique de modernisation de la Justice belge, *Droit et Société*, 3 (à paraître).

²⁸ Par exemple, voyez www.incubateur.legal/.