

Les facteurs de transformation du droit

Par Guy CANIVET

Premier président honoraire de la Cour de cassation

Ancien membre du Conseil constitutionnel

Président du Haut Comité juridique de la place financière de Paris

Traiter des facteurs de transformation du droit au regard des enjeux numériques conduit à examiner en quoi le « phénomène digital », regardé comme un « fait social total », commande une dynamique de modification du système juridique. Au sens de ce bref inventaire, la « transformation » est donc à comprendre comme un mouvement profond du droit. Pour les besoins de l'étude, le droit peut être défini, de manière primaire, comme l'ensemble des règles de sources internationales ou internes, telles que comprises par la doctrine juridique, interprétées et appliquées par les juridictions et qui gouvernent les rapports entre les personnes publiques et privées dans un espace déterminé. Quant au numérique, on y inclura toutes ses applications connues, même si elles ne se situent pas sur le même plan : informatique et télécommunications, Internet, plateformes numériques, services Web, réseaux sociaux, intelligence artificielle et deep learning, open data, big data et blockchain... ; tout ce que l'on désigne, selon une expression récemment proposée, comme la « révolution graphique », en référence au nouveau mode d'écriture utilisé par ces techniques numériques.

Tel que ci-dessus défini, le droit a d'ores et déjà subi des transformations liées à la mondialisation des échanges de laquelle a émergé un droit global, géographiquement déséctorisé et partiellement soustrait à l'action des États, aussi bien pour l'édition des règles que pour leur application. Le numérique a amplifié cette double tendance, en affectant tout à la fois la substance du droit, c'est-à-dire son contenu, et sa nature propre, c'est-à-dire la conception même de la règle et ses principes. En définitive, sont à examiner successivement les facteurs d'une transformation des matières du droit, d'une mutation sociologique et économique de la pratique juridique et d'un défi épistémologique.

La dynamique d'une telle transformation peut être abordée de deux manières, l'une, pratique, prenant acte des évolutions acquises et prévisibles du droit, en l'état acquis ou en développement des techniques numériques, l'autre, spéculative, anticipant l'évolution possible de celles-ci, à plus ou moins long terme, et leurs conséquences probables dans le domaine juridique. La difficulté est de discerner, dans le maquis des multiples communications, de qualité et d'intérêt inégaux, ce qui relève de l'une ou de l'autre des approches, parfois même du marketing, voire du fantasme.

La transformation des matières juridiques

Du point de vue du contenu, la transformation est double. Elle affecte, tout d'abord, les diverses branches et matières du droit, tout en provoquant, en fin de compte, l'émergence d'un droit propre au numérique qui revêt les caractéristiques d'une nouvelle discipline. Les facteurs de la transformation sont donc d'abord juridiques.

La modification du contenu matériel du droit

Comme ce fut historiquement le cas pour toutes les grandes innovations, les techniques numériques modifient le contenu des diverses matières du droit. Dès lors qu'elles impactent tout autant

les faits juridiques, c'est-à-dire les événements qui portent des conséquences juridiques, que les actes juridiques, à savoir les manifestations intentionnelles de volonté destinées à provoquer des effets juridiques, les techniques de l'information et de la communication agissent sur le contenu du droit dans la mesure où le législateur est, en chaque matière, incité à tirer les conséquences de l'introduction des nouvelles technologies dans les différentes activités régies par le droit. Ainsi, par exemple, en offrant de nouveaux moyens de diffusion de l'information, l'Internet a commandé des adaptations du droit de la presse, de la propriété intellectuelle ou de la publicité, du droit du travail... ; en créant de nouveaux modes de vente de biens ou de prestations de service, les plateformes numériques ont nécessité des aménagements du droit de la consommation, de la responsabilité, de la vente, des transports, de la location, de la banque... ; en supprimant les tiers institutionnels de confiance, la blockchain a exigé des ajustements du droit des contrats, des brevets, du crédit, des marchés financiers, de l'assurance et même du divorce... ; en permettant l'accomplissement de formalités en ligne, les techniques de communication ont renouvelé les modes de relation des personnes avec les administrations et les juridictions qu'il a fallu institutionnaliser... Les exemples peuvent être multipliés à l'infini. Tous les domaines du droit, public ou privé, civil, commercial, social ou même pénal, qu'il soit matériel ou procédural doivent tirer les conséquences de la digitalisation des diverses formes de l'activité humaine. Chacune des matières juridiques comprend désormais une dimension numérique en progression invasive.

L'émergence d'une discipline juridique numérique

Les techniques numériques sont elles-mêmes appréhendées par le droit. Il existe un droit de l'informatique composé de l'ensemble des dispositions légales ou jurisprudentielles relatives aux technologies de l'information ou de la communication, comme il existe un droit de l'Internet qui gouverne les rapports entre toutes les catégories d'acteurs et d'utilisateurs, un droit des plateformes qui regroupe toute la réglementation afférente à la création, au développement de ces nouveaux opérateurs, aux services qu'ils offrent et aux nouveaux marchés qu'ils déterminent. Il existe aussi un droit des données numériques, désormais fixé par un règlement européen qui est entré en application le 25 mai 2018, tandis que la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique a créé un droit de l'open data qui organise l'ouverture au public des données publiques et notamment judiciaires. De même, se précise progressivement un régime juridique propre aux réseaux sociaux. Se pose aussi la question de l'utilité, de l'opportunité ou de la possibilité d'encadrer la blockchain. Jusque-là, l'État s'est prudemment aventuré vers la soumission de certaines de ses applications en matière financière mais il s'est abstenu de légiférer sur la technologie elle-même. Une question identique se pose à propos de l'intelligence artificielle : faut-il se borner à en réglementer les diverses applications dans les domaines de la santé, de l'enseignement, de la recherche... ou, d'une manière générale, édicter des normes pour le traitement des données personnelles par cette technologie, pour contrôler la neutralité et la transparence des algorithmes qu'elle utilise ou en protéger la création ? Faut-il prévoir un régime de responsabilité spécifique pour les dommages qu'elle cause ? Certains se posent même la question d'un droit spécifique des robots constitués en catégorie juridique originale soumise à un régime approprié. D'une manière générale se construit un droit propre au numérique, mobilisant l'ensemble de ses techniques – droit public, privé ou répressif – et transcendant ses divisions académiques. Ce nouveau domaine du droit progresse sur le modèle de la régulation, suivant de près l'évolution des techniques et mobilisant la connaissance des opérateurs étroitement associés au processus d'élaboration des règles.

Mais, plus que d'un régime réglementé, les acteurs du numérique sont en quête des principes d'une gouvernance éthique qui seraient tout à la fois le support et le complément des normes publiques. L'objectif serait l'autorégulation, l'implication et la responsabilisation des opérateurs autour de principes fondateurs intangibles et universels porteurs de valeurs partagées, afin de favoriser un sentiment collectif de responsabilité à tous les niveaux de la chaîne économique, non seulement en

respectant le cadre réglementaire interne ou international, mais en établissant sa propre déontologie, en fixant ses principes et en traçant ses limites, liant professionnels et utilisateurs finaux. Il est alors compréhensible que l'établissement des principes fondamentaux d'une gouvernance universelle du numérique s'accompagne d'une mutation radicale de la pratique du droit.

Les mutations sociologiques et économiques de la pratique juridique

L'incidence des techniques numériques sur la pratique du droit est déjà largement explorée, en ce qui concerne tant l'activité des professionnels – on peut parler d'une évolution disruptive des prestations juridiques – que le fonctionnement des juridictions et la méthode du jugement en pleine révolution.

L'évolution disruptive des prestations juridiques

En quelques années, le numérique a provoqué une mutation sociologique et économique considérable des marchés des prestations juridiques, en raison de l'irruption de nouveaux opérateurs constitués, non plus de juristes, mais de businessmen, de mathématiciens et de geeks qui, à partir de startups, construites sur le modèle des plateformes collaboratives, les legaltechs, offrent des services juridiques innovants, entrant en concurrence avec ceux qui sont traditionnellement fournis par les professions juridiques réglementées. Ces innovations ont de multiples conséquences. Elles facilitent l'accès aux prestations juridiques reconfigurées, à un coût sensiblement réduit. Elles obligent les professionnels installés à modifier leurs modèles en déléguant certaines tâches répétitives à ces nouveaux prestataires, éventuellement intégrés à leurs propres structures, en reconsidérant leur organisation, en investissant dans les nouvelles technologies, en élargissant leurs sources de financement et en se concentrant sur des services à forte valeur ajoutée. À terme, se dessine une nouvelle économie de la production des services juridiques, exigeant une autre forme d'encadrement public et mettant en cause le statut et le rôle des professions historiques. Est alors en jeu la position sociale du juriste.

La technique la plus avancée de ce mouvement est l'intelligence artificielle. Caractérisée par l'utilisation combinée des systèmes experts, du *legal data analytic*, du machine learning, du traitement en langage naturel et de l'analyse syntaxique des données, l'intelligence artificielle permet d'établir des probabilités statistiques sur la durée des procès et leur solution, donnant naissance au concept discutable de « justice prédictive ». De ce fait, elle modifie tout à la fois l'activité des éditeurs de bases de données juridiques et celle des praticiens du droit qui disposent désormais de nouveaux outils de connaissance et de stratégie juridique ou contentieuse. Améliorant enfin l'information des citoyens sur la réalité opérationnelle de leurs droits, elle est de nature à renforcer la sécurité juridique par la prévisibilité statistique des décisions. C'est le rapport au droit qui est transformé.

Quant à la blockchain, récemment développée dans le domaine du droit, elle permet le stockage et la transmission, sans intermédiaire, d'informations transparentes, sécurisées et infalsifiables. Par rapport à la technique contractuelle classique, les avantages sont considérables : les frais de transaction sont inexistantes, les contrats s'exécutent de façon sécurisée, publique et fiable, sans qu'il soit possible de les contester ou de les altérer. En résumé, elle permet le développement de transactions complexes et leur exécution sans que l'une des parties puisse y faire obstacle. La confiance contractuelle est refondée. Elle est absolue, affranchie de tout système juridique, sans intermédiaires ni contentieux.

La révolution judiciaire

Les potentialités d'utilisation des nouvelles technologies sont tout aussi considérables pour le service public de la justice. L'accès au droit est possible par la mise à disposition du public, en ligne, de

toutes les informations utiles, autant sur la consistance des règles que sur leur application juridictionnelle. La relation avec l'utilisateur serait alors à reconstruire, à partir de points d'accueil largement répartis, numérisés et interactifs. L'accès aux juridictions peut se faire en ligne, l'introduction de la demande et l'instruction du procès peuvent être totalement dématérialisées, comme l'intégralité du processus juridictionnel, qu'il s'agisse de l'introduction de l'instance, de l'échange des écritures, de la production des pièces ou du prononcé du jugement. L'accès au dossier numérisé et aux bases de données juridiques, par les parties, les professionnels et les juges, serait alors délocalisé et désynchronisé. Ce qui rend possible une réorganisation structurelle et territoriale des juridictions. Lorsque la comparution des personnes ou des professionnels est nécessaire, elle pourrait se faire à distance au moyen de techniques audiovisuelles, c'est alors la configuration du procès qui serait à revoir.

D'ores et déjà, l'autorité judiciaire doit tenir compte de l'existence des formes privées de solution des litiges de masse proposées par les legaltechs, en normalisant et en contrôlant les formes d'*Alternative dispute resolution* (ADR) qu'elles offrent en ligne, en homologuant les solutions qu'elles produisent, ou encore en proposant des modes d'ADR intégrés au service public. L'enjeu institutionnel est de ne pas laisser se développer des formes de justice privée incontrôlées.

Le raisonnement judiciaire est lui aussi à repenser, en automatisant les diverses phases du raisonnement traditionnel, selon la démarche habituelle du syllogisme judiciaire dans ses enchaînements successifs, en recourant aux nouveaux modes de raisonnement analogiques proposés par l'intelligence artificielle, ou enfin en organisant une complémentarité entre les deux méthodes, l'intelligence artificielle étant alors utilisée comme aide à la décision.

Enfin, en matière contentieuse, la technique de la blockchain pourrait servir à la gestion de la procédure et à l'exécution automatique des jugements, ce qui permettrait tout à la fois une meilleure transparence du procès, une gestion plus rigoureuse de son temps et une plus grande effectivité des décisions qui bénéficieraient de la suppression de l'incertitude d'exécution.

À l'évidence, la mise en œuvre coordonnée de ces nouvelles technologies a un impact considérable tant sur l'économie du procès, et celle des professions qui en sont l'auxiliaire, que sur l'institution judiciaire et la représentation symbolique de la justice. L'approche raisonnée est alors de prendre en compte les composantes qualitatives de la demande de justice des diverses catégories d'utilisateurs afin de la satisfaire en considération des gains de productivité et d'efficacité offerts par les technologies numériques, des ressources publiques à engager, des mutations économiques et sociales qu'exigent ces nouveaux modes d'exercice de la justice sur les professions qui la servent, tout en veillant à maintenir l'humanité nécessaire du lien avec le justiciable. Ce sont ces difficiles équilibres que recherche le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 aujourd'hui en discussion au parlement. Encore faudrait-il qu'outre l'idée de justice, les choix de l'autorité publique intègrent les transformations du concept même de droit.

Un défi épistémologique

Sans entrer dans un débat théorique sur l'existence et le contenu de l'épistémologie juridique, il peut encore être montré que le numérique bouleverse en profondeur les sources et la nature même du droit. Dans cette perspective, les facteurs de la transformation sont non seulement économiques et sociaux, mais institutionnels, culturels, philosophiques et politiques. Ils réunissent les éléments d'une véritable subversion du droit.

Le concept de droit lui-même est questionné par le numérique tout à la fois dans son mode de réalisation – au sens propre, il altère la logique juridique – et dans la notion même de règle – au sens figuré il transfigure la norme.

L'altération de la logique juridique

Le raisonnement juridique traditionnel consiste, pour les juridictions, à établir la réalité singulière des faits pour appliquer la règle de droit appropriée, par un raisonnement de logique déductive, nuancé de multiples facteurs tirés de l'évolution du contexte économique et social, de la situation des parties et des mécanismes d'ajustement fondés sur la raison, le bon sens, la proportionnalité et l'équité des solutions. À cette démarche traditionnelle, au moins au stade actuel dit « faible », l'intelligence artificielle substitue des solutions tirées, au moyen d'algorithmes, de l'analogie de situations de fait répertoriées par catégories et de la densité statistique des jugements déjà produits par toutes catégories de juridictions. À suivre ce raisonnement, la réalisation numérique du droit serait déterminée par le nombre, sans tenir compte des nuances possibles du raisonnement, de la hiérarchie des précédents juridictionnels (une décision d'un tribunal de grande instance n'équivaut pas à un arrêt de la cour de cassation) et de l'adaptation du droit à la singularité des espèces. Le risque, au moins théorique, est celui d'une application répétitive et dépersonnalisée de la règle. L'éthique d'humanité du juge est alors confrontée aux facilités de l'automatisme. Le risque de standardisation est toutefois à nuancer par les potentialités du développement programmé du deep learning permettant de prendre en compte, par auto-apprentissage, la singularité des situations de fait et l'adéquation fine des solutions. Dépasant ce stade, l'anticipation laisse entrevoir une intelligence artificielle dite « forte », capable de conscience et d'émotion, donc d'équité. La robotique peut-elle s'humaniser ?

La transfiguration normative

Aux métamorphoses de la logique du raisonnement, la blockchain ajoute celle de la règle elle-même. En établissant un protocole numérisé des conditions d'exécution d'une transaction, elle substitue le code informatique à la loi et le facteur déclenchant l'exécution à la décision collective de la chaîne ou à celle d'un tiers impersonnel neutre : « l'oracle », sans contestation possible, selon une logique absolue. La conception traditionnelle du droit est bouleversée d'une double manière, le code numérique remplace toute forme de norme juridique, qu'elle soit internationale ou qu'elle émane des États, et la transaction se réalise sans aucun contrôle juridictionnel possible. La souveraineté des États est contestée tout à la fois dans le monopole de l'édition des règles et dans celui du pouvoir de juger. L'effet disruptif est total. Se réalise alors l'objectif de l'utopie libertaire d'une société sans État. Il ne s'agit plus d'une simple transformation du droit mais d'une subversion dont les facteurs sont tout à la fois politiques et culturels.

Conclusion

En résumé, les facteurs de transformation du droit résultant du numérique sont tout à la fois juridiques, en ce qu'ils modifient le contenu des règles, technologiques, économiques et sociologiques par l'impact qu'ils ont sur les professions et institutions chargées de leur application, théoriques, en ce qu'ils modifient la logique juridique et le concept de norme, politiques enfin, puisqu'est affectée la souveraineté des États dans l'édition et l'application des règles.

Bibliographie

- BARTHE E. (2017), « L'intelligence artificielle et le droit », *I2D – Information, données & documents*, volume 54, (2).
- BISMUTH Y. (2017), *Le Droit de l'informatique*, Paris, L'Harmattan.
- BRUGHIÈRE J.-M. et al. (2017), *Le Droit de l'Internet*, Paris, LexisNexis.

- DONDERO B. (2015), *Droit 2.0, Apprendre à pratiquer le droit au XXI^e siècle*, LGDJ, Lextenso Éditions.
- GARAPON A. (2017), « Les enjeux de la justice prédictive », *Juris-Classeur périodique*, édition générale, 9 janvier 2017, doct. 31.
- GARAPON A. & LASSÈGUE J. (2018), *Justice digitale*, Paris, PUF.
- ITEANU O. (2016), *Quand le digital défie l'État de droit*, Paris, Eyrolles.
- JAMIN C. (2012), *Services juridiques : la fin des professions*, Seuil, Pouvoirs n°140, 2012.
- MUIR WATT H. (2010), « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de Droit économique*, t. xxiv, 1, (1), 103-121.
- Rapport de la mission d'étude et de préfiguration de l'ouverture au public des décisions de justice, L'open data des décisions de justice, remis à la garde des Sceaux, ministre de la Justice, en novembre 2017, recommandation n°20, p. 25.
- Rapport de l'Institut Montaigne (2017), « Justice : faites entrer le numérique », novembre 2017.
- STREEL de A. & JACQUEMIN H. (2017), *L'Intelligence artificielle et le Droit*, Bruxelles, Larcier.
- SUSSKIND R. (2013), *Tomorrow's Lawyers: An introduction to your Future*, Oxford University Press.
- VILLANI C. (2018), Donner un sens à l'intelligence artificielle, Rapport de la mission parlementaire, www.aiforhumanity.fr/pdfs/
- WICKERS T. (2014), *La Grande Transformation des avocats*, Paris, Dalloz.