

FRANÇOIS BOHNET*/SANDRA MARIOT**

Mots-clés: procédure civile; e-justice; dématérialisation de la justice civile; numérisation; digitalisation; conduite du procès; accès à la justice; formalisme procédural; e-dossier; présentation des actes; intelligence artificielle; algorithmes; crise sanitaire; COVID-19.

A. Introduction

La question du lien entre l'informatique et l'application du droit n'est pas nouvelle en Suisse. Paul-Henri Steinauer y consacrait sa thèse, parue en 1975. Il relevait alors qu'«il [est] intéressant de rechercher si une machine – en l'es-pèce un ordinateur – [est] en mesure d'appliquer le droit», et soutenait que tel était en principe le cas¹. Malgré ces propos avant-gardistes, la Suisse accuse aujourd'hui un retard important en matière de procédure judiciaire dématérialisée.

La crise actuelle liée au COVID-19 impose une adaptation législative rapide afin d'assurer la gestion des affaires judiciaires dans un univers dématérialisé. Hormis les adaptations ponctuelles liées à la situation sanitaire à laquelle nous faisons face à présent, le dispositif législatif helvétique est encore limité à la possibilité d'une transmission des actes par voie électronique en procédure civile, faculté qui n'est utilisée que de manière marginale². La vidéoconférence, qui est une manière de dématérialiser certaines phases de la procédure, est prévue dans le projet de révision du CPC³.

Cette contribution s'inscrit dans le projet e-procès civil, financé par le FNS.

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat.

** Collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel, titulaire du brevet d'avocat(e).

1 Paul-Henri STEINAUER, L'informatique et l'application du droit: le rôle du juriste dans l'élaboration d'un programme d'application du droit par ordinateur, thèse, Fribourg 1975, avant-propos.

2 Art. 130 et 139 CPC.

3 Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 p. 2658 et 2660.

Au-delà du cadre constitutionnel et de la description générale de l'e-justice et de ses enjeux par la doctrine suisse⁴, seules les questions de la notification électronique⁵, de l'implication des avocats⁶, du dossier électronique⁷ ou du sort des preuves sur supports électroniques ou accessibles sur internet⁸ et désormais de la vidéoconférence⁹ ont été abordées. Un état des lieux de la numérisation et de ses avantages¹⁰ a été dressé en novembre 2016 par l'association eJustice.ch (qui réunit les tribunaux de la Confédération, d'un certain nombre de cantons, la Fédération suisse des avocats, la Fédération suisse des notaires et d'autres organisations). Elle se concentre, par cet état des lieux, sur le remplacement de l'écrit et du dossier physique par l'électronique, sans envisager encore une quelconque mutation du mécanisme. EJustice.ch relève toutefois que «le processus de numérisation représente un virage structurel qui ne peut être réduit au seul passage du support papier au support électronique»¹¹.

Ce virage structurel est abordé par le groupe de réflexion «Justitia 4.0 – digitalisation et transformation de la justice» (C.), qui réunit les tribunaux de la Confédération et des cantons, le Ministère public de la Confédération, les parquets cantonaux, l'Office fédéral de la justice, les services d'exécution et la Fédération suisse des avocats et qui travaillent depuis 2018 sur un projet de dématérialisation de la justice en Suisse à l'horizon 2022–2026. L'élément principal de ce tournant sera la communication exclusivement électronique obligatoire pour certains acteurs de la justice et l'introduction du e-dossier ac-

cessible sur le portail dénommé Justitia.Swiss¹². Le passage du dossier papier au dossier électronique aura pour conséquence de supprimer la production des 125 millions de pages physiques par année par le pouvoir judiciaire suisse.

Quant à l'utilisation de l'intelligence artificielle pour l'interprétation du droit, elle est envisagée par la doctrine suisse – de manière superficielle – essentiellement en lien avec l'évaluation des chances de succès d'une procédure¹³, la responsabilité en cas d'utilisation d'un tel outil et sa composante éthique (E.)¹⁴.

Au vu de ce qui précède, la procédure civile dématérialisée et l'usage de l'intelligence artificielle en Suisse sont à un stade qui peut être qualifié d'embryonnaire. Le champ des possibles est ainsi sans limites.

B. Etat de la question

I. Outils connus dans le domaine judiciaire suisse

Bien qu'il n'existe pour l'heure pas de plateforme numérique juridique unique en Suisse, les divers tribunaux et les autorités chargés des enquêtes utilisent d'ores et déjà des programmes informatiques.

L'application employée dans la majorité des cantons est «Tribuna»¹⁵. Elle est utilisée à différents niveaux, tels qu'à la justice de paix, au sein des autorités de conciliation, des tribunaux, des services juridiques, des autorités répressives ou encore de l'administration. Il s'agit d'une application ancienne de plusieurs dizaines d'années qui est coordonnée avec Office y compris Outlook. Cet outil permet notamment la transmission des dossiers à différentes instances, l'envoi des courriels par SecureMail, la recherche ciblée tant dans les dossiers volumineux que dans la jurisprudence, la rédaction facilitée des décisions, leur anonymisation et leur publication. La jurisprudence n'en est que plus cohérente¹⁶.

- 4 Beat BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht: Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, thèse, Berne 2013, p. 1 ss; Andreas GLASER, Der elektronisch handelnde Staat: E-Legislation, E-Government, E-Justice, RDS 2015 II 259 ss, p. 259 ss; Benjamin SCHINDLER, Justizöffentlichkeit im digitalen Zeitalter, in: Recht im digitalen Zeitalter: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St-Gallen, Zurich 2015, p. 741 ss.
- 5 Carole AUBERT, Communication par voie électronique avec le Tribunal fédéral sous l'angle de la nouvelle LTF, RSPC 2007 87 ss, p. 87 ss; Nicolas BRÜGGER, La notification électronique en procédure civile suisse, RSPC 2010 323 ss, p. 323 ss.
- 6 Sylvie FISCHER, L'informatisation de la justice ne séduit pas les avocats, Plaidoyer 2015/6 21 ss, p. 21 ss; Gian Sandro GENNA, Sind wir Anwälte fit für die Digitalisierung?, Revue de l'avocat 2017/2 55 ss, p. 55 ss; Karl KÜMIN, L'E-Justice de gré ou de force, Plaidoyer 5/2017 16 ss, p. 16 s.
- 7 *Ibid.*
- 8 Martin KAUFMANN, E-Evidence in der Schweiz: Ein US-amerikanischer Fall, übertragen auf schweizerische Verhältnisse, in: Recht im digitalen Zeitalter: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St-Gallen, Zurich 2015, p. 703 ss; Meinrad VETTER/Daniel PEYER, Bekannte Tatsachen – unter besonderer Berücksichtigung des Internets – eine zivilprozessuale Analyse, in: Recht im digitalen Zeitalter: Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St-Gallen, Zurich 2015, p. 759 ss.
- 9 François BOHNET/Sandra MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, RSPC 2020 179 ss, p. 179 ss.
- 10 Association eJustice.ch, Cyberjustice Visions d'avenir en Suisse, in: Annale des journées d'informatique juridique 2016 (rechtsinformatik.ch), Berne 2016, (<https://rechtsinformatik.ch/wp-content/uploads/2017/02/Vision-eJustice_fr.pdf>) (05.06.2020), p. 4 s.
- 11 *Id.*, p. 4.

- 12 Jacques BÜHLER/Jens PIESBERGEN, «Justitia 4.0», Digitalisierung und Transformation in der Justiz, Numérisation et transformation à l'intérieur de la justice, in: Confoederatio helvetica (www.bj.admin.ch), Berne 2018, (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/rechtsinformatik/maggingen/2018/09b-buehler-piesbergen-d-f.pdf>) (05.06.2020), p. 1 ss.
- 13 Louis BURRUS, Technologie et avocature: Ross, predictive coding et big data, Revue de l'avocat 2016/8 25 ss, p. 325 ss; Patrick HENRY, L'intelligence artificielle: les avocats en ont besoin, Revue de l'avocat 2017/6–7 286 ss, p. 286 ss.
- 14 Philip GLASS, Eine Skizze zur rechtlichen Verbindlichkeit «ethischer» KI-Prinzipien, Jusletter IT 28 février 2020, p. 81 ss; Rolf H. WEBER, Vom Vertrauen zur Verantwortung in der digitalisierten Welt, Jusletter IT 28 février 2020, p. 23 ss.
- 15 On consultera à ce titre <https://www.tribuna.ch/clients/> (05.06.2020), il s'agit des cantons suivants: Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne, Berne, Fribourg, Grisons, Jura, Lucerne, Nidwald, Obwald, Schaffhouse, Schwyz, Uri, Valais, Zoug.
- 16 *Ibid.*; on consultera à ce titre <https://www.tribuna.ch/produits/gestionaffaire/> (05.06.2020); voir également: Michaela MACHLEIDT LEHMANN, Die E-Justizakte – Anforderungen/Anwendungen/Ausblick, Justice – Justiz – Giustizia 2019/1, § 19.

L'application «*JURIS*», quant à elle, occupe une part de marché de 40%, mais est l'application la plus utilisée par les organes judiciaires selon son entreprise conceptrice. Les utilisateurs de cette application sont notamment les tribunaux, les autorités d'instruction ou d'exécution des peines et mesures ou encore certains services juridiques ou certaines organisations¹⁷. Cet instrument permet de gérer des dossiers, créer, modifier et stocker les documents, traiter les délais, planifier les négociations, transmettre et assurer le suivi des documents et enfin anonymiser et publier les jugements¹⁸. A Bâle-Ville, il est directement relié à la base des données des personnes domiciliées dans le canton¹⁹. Ce lien direct permet l'extraction des données sans risque d'erreur.

Les cantons de Zurich, Vaud et Genève ainsi que le Tribunal fédéral utilisent encore d'autres applications dont ils sont propriétaires²⁰.

Dans le domaine des poursuites, la Suisse connaît la norme e-LP (norme informatique d'échange de données relatives aux poursuites pour dettes et aux faillites), dont le projet a été lancé en 2007²¹. Seules 32 réquisitions de poursuite électroniques ont été enregistrées cette année-là. Puis, suite à un fort engouement, en 2018, 1674 millions de procédures de poursuite ont été traitées par voie électronique, soit plus de 50% de l'intégralité des procédures²².

A noter que la justice pénale a d'ores et déjà engagé un tournant numérique important. On se contentera de renvoyer ici à quelques sources dans ce domaine²³.

II. Recours par voie électronique

Depuis 2007, un recours peut être déposé par voie électronique auprès du Tribunal fédéral selon les modalités prévues aux art. 42 al. 4, 48 al. 2 et 60 al. 3 de la LTF et selon le Règlement du Tribunal fédéral sur la communication électro-

nique avec les parties et les autorités précédentes. Malgré cette possibilité, le nombre de recours déposés sous cette forme n'a que peu évolué. Il était de zéro durant les deux premières années sur un total de près de 7200 recours par année. Le premier recours déposé par voie électronique date de 2009, il a été suivi de trois recours en 2010, puis 20 en 2011²⁴. Cette dernière année est celle de l'entrée en vigueur des trois textes primordiaux en matière de dématérialisation de la justice, à savoir:

- Code de procédure civile, et en particulier l'art. 130 CPC prévoyant la possibilité de déposer des recours au niveau cantonal par voie électronique et l'art. 139 CPC prévoyant que les tribunaux et les autorités peuvent notifier par voie électronique les ordonnances et les décisions aux parties qui ont donné leur consentement (ces deux dispositions ont connu une modification selon le chiffre II 5 de la Loi fédérale du 18 mars 2016 sur la signature électronique, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017²⁵);
- Ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre des procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et faillites (OCEI-PCPP). Elle prévoit les modalités de communications par voie électronique des écrits par le biais de messagerie sécurisée²⁶. Les cantons ont l'obligation de prévoir une telle plateforme²⁷. PrivaSphere Secure Messaging et IncaMail sont les deux uniques plateformes reconnues à ce jour en application de l'Ordonnance du DFJP sur la reconnaissance des plateformes de messagerie sécurisée utilisées dans le cadre de procédures²⁸. Celles-ci permettent de prouver l'heure de l'envoi ainsi que le contenu de chaque message tout en garantissant la confidentialité²⁹. L'identification à ces plateformes est possible grâce au recours à la signature électronique³⁰. Dans la perspective prochaine de la communication électronique obligatoire (C., IV.), le Conseil fédéral a modifié cette ordonnance et

17 On consultera à ce titre <<https://www.abraxas.ch/fr/%C3%A0-notre-propos/abraxas-juris/>> et <<https://www.abraxas.ch/fr/solutions/applications-metier/administration-de-la-justice-et-offices-des-poursuites/modules-de-base-de-juris/>> (05.06.2020); voir également: MACHLEIDT LEHMANN (note 16), § 18.

18 MACHLEIDT LEHMANN (note 16), § 18.

19 *Id.*, § 46.

20 Jacques BÜHLER, Justice numérique et quotidien du magistrat: Un aspect particulier du projet Justitia 4.0, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2, § 7.

21 On consultera à ce titre <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2019/re_f_2019-01-22.html> (05.06.2020).

22 *Ibid.*

23 On consultera à ce titre <<https://www.his-programm.ch/fr/>> (05.06.2020); voir également Andreas BRUNNER, Harmonisation de l'informatique de la justice pénale – HJP, in: Confoederatio helvetica (www.bj.admin.ch), Séminaire d'informatique juridique de Macolin, Berne 2016, (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/rechtsinformatik/maggingen/2016/11_brunner-f.pdf>) (05.06.2020); Nadia CAPUS, Des algorithmes à risque dans la justice pénale, Plaidoyer 2018/6 p. 20 ss; Paul TSCHÜMPERLIN, Die Justiz auf dem Weg zum elektronischen Dossier: Eine Standortbestimmung, RSJ 2018 313 ss.

24 On consultera à ce titre <<https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-faq/federal-faq-9.htm>> (05.06.2020).

25 Art. 130 et 139 CPC.

26 Art. 1 et 2 OCEI-PCPP.

27 FISCHER (note 6), p. 21.

28 On consultera à ce titre la liste des plateformes reconnues <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/rechtsinformatik/e-uebermittlung.html>> (05.06.2020); le DFJP est l'autorité compétente pour reconnaître les plateformes de messagerie sécurisées selon l'art. 3 OCEI-PCPP.

29 Ordonnance du DFJP du 16 septembre 2014 sur la reconnaissance des plateformes de messagerie sécurisée utilisées dans le cadre de procédures (Ordonnance sur la reconnaissance des plateformes de messagerie; RS 272.11); Office fédéral de la Justice, Conditions de la reconnaissance des plateformes de messagerie sécurisée utilisées dans le cadre de procédures (liste des critères) du 16 septembre 2014 (version 2.0), Annexe de l'ordonnance du DFJP du 16 septembre 2014 sur la reconnaissance des plateformes de messagerie sécurisée utilisées dans le cadre de procédures (Ordonnance sur la reconnaissance des plateformes de messagerie, RS 272.11), p. 7 ss; voir également: Miriam GARBAUER, E-Justice – Vision einer modernen Justiz: Warum sich die Schweiz auf das Ende der Papierakte einstellen sollte, Jusletter IT 18 mai 2017, p. 4.

30 Art. 130 al. 2 CPC.

a autorisé les cantons à recourir, avec autorisation du DFJP, à d'autres systèmes de communications que les deux plateformes déjà reconnues. Cette modification est entrée en vigueur au 1^{er} décembre 2019³¹.

– Ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives (OCEI-PA).

Depuis 2011, une lente évolution s'en est suivie jusqu'à atteindre le nombre de 39 recours déposés par voie électronique, au niveau fédéral, en 2015, 32 en 2016, 45 en 2017 puis 59 en 2018³².

Selon Subilia, «[m]ieux que n'importe quelle explication théorique, ces chiffres démontrent le caractère inutilisable du système»³³. Il soutient également que «[l]e TF a lui-même saboté l'utilisation du recours électronique en fixant des exigences excessives»³⁴. L'usage de la signature électronique est jugé comme étant trop compliqué et les risques d'irrecevabilité sont trop importants, raisons pour lesquelles les avocats privilégient l'envoi papier³⁵.

L'envoi électronique d'actes n'engendre, pour l'heure, aucune économie de temps. Le Conseil fédéral mentionnait en 2012 que, dans les rares occasions de transmissions électroniques d'actes, ceux-ci sont imprimés puis ajoutés au dossier physique, ce qui démontre que le passage à la gestion électronique des dossiers n'est pas encore amorcé dans les tribunaux³⁶. Après plusieurs années, cette constatation est toujours d'actualité³⁷.

A la lecture des statistiques précitées, il est évident que le dépôt électronique des recours n'en est qu'à des balbutiements. Tant et aussi longtemps que le dépôt par voie électronique ne sera pas simple et obligatoire, cette voie ne sera pas plus largement utilisée, tout comme cela a été le cas chez nos voisins européens³⁸.

III. Raisons du retard helvétique

Le fédéralisme helvétique et corolairement le manque de coordination due à une structure organisationnelle décentralisée rendent le passage de la Suisse à l'e-justice plus difficile³⁹. La tâche de choisir la stratégie de numérisation revient aux cantons⁴⁰. Partant, la Confédération qui n'assume que des tâches subsidiaires ne peut imposer un système juridique numérique⁴¹. Les cantons utilisent donc des systèmes différents qui ne sont parfois pas interopérables⁴². Le seul canton au bénéfice d'un système informatique plus performant est Bâle-Ville. Il dispose d'ores et déjà d'un programme informatique qui permet d'éditer et de fusionner des documents en format PDF dénommé «Richterakte». Il est également possible d'y ajouter des documents externes et d'y insérer des notes personnelles⁴³.

Jusqu'au 31 décembre 2016, le manque d'enthousiasme pour les envois électroniques était notamment justifié par le fait que les tribunaux pouvaient exiger en sus la transmission papier des actes et des annexes déposés électroniquement⁴⁴. L'envoi électronique perdait ainsi pratiquement tout intérêt. Actuellement, même sans le risque de se voir demander une transmission papier, les risques liés à la communication/notification électronique sont d'une telle importance qu'ils dissuadent les avocats de recourir au dépôt électronique⁴⁵.

La justice civile suisse a de plus une composante populaire marquée: le recours à un mandataire professionnel n'est pas imposé, même dans les affaires importantes⁴⁶, si bien qu'il faut conserver un accès simple et usuel aux tribunaux pour les particuliers.

Enfin, l'appareil judiciaire suisse fonctionne globalement bien, ce qui ne pousse pas ses acteurs à vouloir le changer. Ainsi, il ne s'agit pas d'une préoccupation majeure pour la population de notre pays. Ce problème est davantage jugé «d'élite» quand bien même il pourrait être profitable à tout un chacun⁴⁷, comme le démontre la crise liée au COVID-19 et la nécessité d'avoir recours

31 Art. 13a al. 1 OCEI-PCPP.

32 On consultera à ce titre <<https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-faq/federal-faq-9.htm>> (05.06.2020). En 2015, FISCHER (note 6), p. 21, relevait que le Valais est le canton romand au sein duquel le recours électronique a été le plus utilisé. De 2011 à 2015, en moyenne, une soixantaine de recours y a été déposée annuellement par une petite poignée d'études contre six fois moins à Neuchâtel et par un seul avocat, et aucun pour les cantons de Vaud et du Jura.

33 Olivier SUBILIA, Du papier à l'électronique: quels changements?, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), *Internet au travail*, Genève 2014, p. 277.

34 Propos d'Olivier SUBILIA, recueillis par FISCHER (note 6), p. 23.

35 *Ibid.*

36 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport concernant la motion 12.4139 de Pirmin Bischof, CE, 12 décembre 2012: Communication électronique des écrits, § 2.1.2.

37 GENNA (note 6), p. 57.

38 ULRICH MEYER/JACQUES BÜHLER, Das Projekt Justitia 4.0, Justice – Justice – Giustizia 2019/1, § 1; TSCHÜMPERLIN (note 23), p. 322.

39 GARBAUER (note 29), p. 11; PETER MÜNCH/MIRIAM GARBAUER, Forschungsprojekt «eJustice in der Schweiz», in: *Annale des journées d'informatique juridique 2016 (rechtsinformatik.ch)*, Berne 2016, (<https://rechtsinformatik.ch/wp-content/uploads/2016/12/02_M%C3%BCnch_Garbauer.pdf>) (05.06.2020), p. 7.

40 Art. 3 et 122 Cst.

41 *Ibid.*; GARBAUER (note 29), p. 11; Denis TAPPY, Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale: à la recherche d'un nouvel équilibre, RDS 2019 II 291 ss, p. 345.

42 GARBAUER (note 29), p. 6.

43 MACHLEIDT LEHMANN (note 16), § 41; Marc OSER, Arbeiten mit der eAkte im Gerichtsalltag, Digitale Transformation bei den Gerichten-Basel Stadt, Berne 2016, Foliensatz abgerufen, (<https://rechtsinformatik.ch/wp-content/uploads/2016/12/09_Oser.pdf>) (05.06.2020), p. 8.

44 Abrogation de l'art. 130 al. 3 CPC, RO 2016 4651, p. 4664; FISCHER (note 6), p. 21.

45 GARBAUER (note 29), p. 11.

46 François BOHNET/Michael ECKLIN, La représentation en procédure civile suisse, RDS 2018 I 327, p. 327 ss.

47 GARBAUER (note 29), p. 12 et les réf. citées; MÜNCH/GARBAUER (note 39), p. 12 et 22.

au travail à distance. Les justiciables et leurs représentants n'avaient donc, jusqu'à ce jour du moins, pas assez d'intérêts et trop de risques pour franchir cette étape volontairement. Le changement devait bénéficier d'une impulsion politique, de l'accord des différents pouvoirs judiciaires cantonaux et fédéraux et d'une base juridique contraignante pour être réalisé⁴⁸.

C. Justitia.Swiss

I. Sources

Le 12 décembre 2012, le conseiller aux Etats Pirmin Bischof a déposé une motion intitulée «*Communication électronique des écrits*», faisant suite à l'introduction en 2011 dans le CPC, le CPP et la LP du recours possible au dépôt électronique des actes. L'impulsion politique était ainsi donnée. Cette motion avait pour but de promouvoir l'élaboration d'un système d'accès centralisé des documents judiciaires et d'éviter que chacun des cantons ne développe davantage son système non opérationnel avec les autres⁴⁹.

En 2016, la décision de créer une base juridique pour rendre l'e-justice obligatoire tant en procédure civile, pénale qu'administrative (à l'exclusion des procédures de première instance devant les autorités administratives et les procédures de recours administratif interne, hormis des tribunaux administratifs cantonaux) a été prise, à l'unanimité, à la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police (CCDJP). Les cantons, les tribunaux, les différents parquets et la Fédération suisse des avocats ont approuvé cette décision. Pour faire suite à une demande du CCDJP à la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, l'Office fédéral de la Justice a été chargé de rédiger un projet législatif – une nouvelle loi fédérale sur la communication électronique avec les tribunaux et les autorités (LCCA)⁵⁰. Celle-ci sera relativement courte, car elle prévoira uniquement l'existence de la plateforme dénommée «*Justitia.Swiss*» et les modifications nécessaires des lois de procédure (LPGA, PA, LTF, CPC, PCF, CPP, PPM, DPA)⁵¹. Cette plateforme sera utilisée tant par les juridictions et autorités

fédérales que cantonales⁵². Les cantons devront ensuite adapter leurs lois de procédure administrative en raison de l'applicabilité de cette plateforme à tous les types de procédures⁵³. Il reviendra aux cantons, par le biais d'un concordat, d'anticiper les fonctions, la structure, l'exploitation, le développement ultérieur, le financement et la surveillance de la plateforme⁵⁴.

II. Buts et fonctionnement

La mise en place de cette plateforme est le cœur du projet Justitia 4.0 dont la devise est, «*l'accès au droit, sans avoir à déplacer des montagnes de papier*»⁵⁵. Son but est de faciliter le dépôt informatique d'actes judiciaires et la communication électronique entre les acteurs du procès que ce soit au niveau cantonal ou fédéral, en procédure civile, pénale ou administrative. Ainsi, elle apportera une solution simple au passage de l'utilisation des services postaux à un système d'envoi électronique. Le Conseil de la Fédération suisse des avocats soutient ce projet et représente les intérêts des avocats en s'assurant que la communication électronique n'engendre pas une augmentation des risques à leur charge⁵⁶.

Grâce à cette plateforme, les divers systèmes actuels qui ne sont pas interopérables pourront être supprimés et le volume de données transmissibles auprès des serveurs de messagerie qui est actuellement relativement faible⁵⁷ pourra être augmenté. Son fonctionnement sera comparable à celui de Dropbox⁵⁸. Pour être efficace cette plateforme devra être traduite en français, allemand et italien, et être adaptée aux systèmes judiciaires des 26 cantons ainsi qu'à celui de la Confédération. Par ailleurs, elle devra correspondre aux besoins des quelque 12 000 avocats et 30 000 postes de travail concernés dans le monde judiciaire suisse⁵⁹.

48 GARBauer (note 29), p. 12.

49 On consultera à ce titre <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte/AffairId=20124139>> (05.06.2020).

50 On consultera à ce titre <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/e-kommunikation.html>> (05.06.2020). Voir également: Isabelle HÄNER, Justitia 4.0 – Folgen für den Verwaltungprozess, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2, § 1 s.; Stephan JAU, E-Justice: Quo vadis?, HAVE 2019/1, p. 80; Jens PIESBERGEN, Justitia 4.0 – Digitalisierung und Transformation der Justiz, Justice – Justiz – Giustizia 2018/2, § 6.

51 Urs Paul HOLENSTEIN, Instauration de l'obligation de procéder par voie électronique devant les tribunaux civils, pénaux et administratifs et les autorités de poursuite pénale, Etat des travaux législatifs, in: Confoederatio helvetica (www.bj.admin.ch), Séminaire d'informatique juridique de Macolin, Berne 2019, (<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/rechtsinformatik/maggingen/2019/11-holenstein-f.pdf>>) (05.06.2020), p. 5; JAU (note 50), p. 83; MEYER/BÜHLER (note 38), § 17.

52 BÜHLER (note 20), § 1 ss; JAU (note 50), p. 80.

53 HOLENSTEIN (note 51), p. 5.

54 JAU (note 50), p. 83.

55 MEYER/BÜHLER (note 38), § 31.

56 René RALL, Le point de mire du conseil FSA, Les jalons du système de justice numérique Justitia 4.0 sont posés, Revue de l'avocat 2018/4 148 s., p. 149.

57 MEYER/BÜHLER (note 38), § 13.

58 JAU (note 50), p. 81.

59 Vital MEYER, Justitia 4.0 – Werkstatteinblicke: Überblick Justitia 4.0, in: Confoederatio helvetica (www.bj.admin.ch), Séminaire d'informatique juridique de Macolin, Berne 2019, (<<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/rechtsinformatik/maggingen/2019/10a-meyer-d.pdf>>) (05.06.2020), p. 16.

III. Communications et notifications

Justitia.Swiss permettra les communications et les notifications par voie électronique uniquement lorsque la partie aura préalablement et expressément donné son consentement ou lorsqu'elle sera représentée par un mandataire professionnel (C., IV.). Bien que la priorité sera donnée au dossier électronique, les autorités judiciaires devront également gérer l'impression papier des documents pour les notifier à l'acteur du procès qui ne sera pas représenté par un mandataire professionnel et qui renoncera à faire usage de la plateforme. L'intégralité des documents devra ainsi être scannée, à la seule exception de ceux qu'il ne sera pas possible de transformer en document électronique et qui demeureront sous leur forme originelle. On pense aux objets utilisés à titre de moyens de preuves ou aux documents dont l'authenticité est contestée, par exemple en cas de suspicion de falsification⁶⁰.

IV. Utilisation obligatoire ou facultative

Une obligation d'utilisation de la plateforme sera prévue dans la Loi fédérale sur la communication électronique avec les tribunaux et les autorités, pour les mandataires professionnels, les tribunaux et les autorités⁶¹. Seule cette obligation permettra de développer au maximum le recours à cette plateforme et d'assurer un traitement des dossiers électroniques sans rupture du support – soit que l'intégralité du dossier dans les différentes instances de procédures connaisse un format unique⁶². Les représentants professionnels visés regroupent, selon la doctrine, les avocats, les experts fiscaux et les fiduciaires intervenant en qualité de représentants de parties devant une autorité ou un tribunal⁶³. Selon nous, cette obligation devrait également être applicable notamment aux conseils en brevets (art. 29 LTFB)⁶⁴, aux agents d'affaires brevetés dans le canton de Vaud (art. 68 let. b CPC)⁶⁵, aux agents d'affaires dans le canton de Genève (art. 68 let. b CPC)⁶⁶, aux *Sachwalter* dans le canton de Lucerne (art. 68 let. b CPC)⁶⁷,

60 JAU (note 50), p. 82.

61 HÄNER (note 50), § 2.

62 RALL (note 56), p. 148.

63 HÄNER (note 50), § 2.

64 Loi fédérale du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets (LCBr; RS 935.62).

65 Loi cantonale vaudoise du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAG/VD; RS/VD 179.11).

66 Loi cantonale genevoise du 2 novembre 1927 réglementant la profession d'agent d'affaires (LPAA/GE; RS/GE E 6 20).

67 Art. 8 ss Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (EGSchKG; RS/LU 290); ancien § 82 Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (Justizgesetz, JusG; RS/LU 260); Botschaft des Regierungsrates an den Kantonsrat, Organisationsentwicklung 2017 der Luzerner Gerichte, Entwurf Änderung des Justizgesetzes und weiterer Gesetze, du 1^{er} mai 2018, B 127, p. 9 s.

aux *Rechtsagenten* dans le canton de Saint-Gall (art. 68 let. b CPC)⁶⁸, aux représentants professionnels selon l'art. 27 LP (art. 68 let. c CPC) et aux mandataires professionnellement qualifiés devant les juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail lorsqu'ils sont prévus par le droit cantonal (art. 68 let. d CPC). Les personnes morales de certains secteurs privés tels que le domaine bancaire ou des assurances ou les entreprises d'une certaine taille, qu'il resterait à définir, pourraient également être soumises à une utilisation obligatoire de la plateforme⁶⁹.

Les personnes morales ou privées qui ne se trouvent dans aucune des catégories énumérées ci-avant bénéficieront d'une exception à l'obligation de recourir à la plateforme. Elles pourront choisir, sur une base volontaire, d'y recourir pour une procédure spécifique, pour plusieurs d'entre elles, de retirer à tout moment leur consentement pour l'utilisation future ou de ne pas l'utiliser⁷⁰. En raison des avantages non négligeables que la plateforme représente, il est plausible que les personnes morales voire les personnes privées l'utilisent de leur plein gré si celle-ci est suffisamment intuitive et simple d'utilisation⁷¹. Etant donné que toute modification législative devra encore être débattue au Parlement, l'entrée en vigueur de l'obligation pour les mandataires professionnels, les tribunaux et les autorités d'utiliser cette plateforme ne devrait pas intervenir avant 2025⁷², voire et plus certainement 2026⁷³.

V. Outils

Par souci de simplification et de sécurité, divers outils sont prévus par le projet Justitia 4.0, à savoir:

- L'identification à l'aide d'une identité numérique (e-ID)⁷⁴: elle sera plus aisée que l'emploi de la signature électronique telle que SwissID qui est l'équivalent d'une signature manuscrite (art. 2 lit. e SCSE), jugée trop complexe et trop coûteuse lorsqu'elle est peu utilisée⁷⁵.
- L'horodatage intégré directement par la plateforme: il permettra de vérifier la date de l'enregistrement d'un document et le fait qu'il n'a pas subi de modification⁷⁶.

68 Anwaltsgesetz (AnwG; RS/SG 963.70).

69 JAU (note 50), p. 82; TSCHÜMPERLIN (note 23), p. 322.

70 *Id.*, p. 81 s.

71 JAU (note 50), p. 82.

72 HOLENSTEIN (note 51), p. 9; JAU (note 50), p. 83.

73 HÄNER (note 50), § 4 et RALL (note 56), p. 149.

74 Concernant l'état d'avancement du projet e-ID, on consulera <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/e-id.html>> (05.06.2020).

75 Message du 1^{er} juin 2018 relatif à la Loi fédérale sur les services d'identification électronique, FF 2018 p. 4032 ss; AUBERT (note 5), p. 97 s.; MEYER/BÜHLER (note 38), § 13.

76 JAU (note 50), p. 81.

- Le sceau électronique: il permettra le contrôle informatique de l'authenticité d'une décision (art. 2 lit. d SCSE).

En sus de ces outils spécifiques, tout ce qu'il est possible d'effectuer actuellement dans un dossier papier devra également être possible dans un dossier électronique, sur un bureau virtuel, à savoir prendre des notes personnelles ou des notes accessibles à toutes les personnes ayant accès au dossier ou ajouter des post-its électroniques⁷⁷. Toutes ces fonctionnalités seront disponibles sur l'application dénommée initialement «*App Doss-élo*»⁷⁸, désormais intitulée «*eDossier judiciaire (ADJ)*»⁷⁹ qui permettra de télécharger les documents de la procédure sur Justitia.Swiss. L'ouverture ainsi que la navigation fluide entre plusieurs documents de la même procédure seront également possibles afin de faciliter le travail des acteurs de la justice. Ces propriétés sont pour l'heure inexistantes dans les programmes connus par les autorités judiciaires (Juris, Tribuna)⁸⁰. En sus de ces fonctionnalités, il sera possible de faire une recherche en plein texte dans l'intégralité du dossier informatisé⁸¹. Ceci permettra d'éviter les erreurs et les recherches sans fin dans un dossier très volumineux, comme c'est parfois le cas à l'heure actuelle⁸². Machleidt Lehmann émet l'hypothèse de pouvoir utiliser des surligneurs de différentes couleurs par auteur pour identifier les passages contestés, concordants ou autres, ainsi qu'un affichage sous forme de tableau⁸³.

Il devrait également être possible de visualiser l'ensemble du dossier à l'aide d'une table des matières claire et semblable à tous les dossiers. Par ailleurs, les documents devraient pouvoir être prévisualisés sans avoir besoin de les ouvrir et les enregistrements vidéo et sonores être lisibles directement en démarrant le programme correspondant en un simple clic de souris, afin de faciliter leur consultation. Il est également souhaitable que la charge de travail soit visible par le bureau virtuel tout comme les tâches en attente et le courrier quotidien⁸⁴. Une interconnexion entre le programme et des bases de données internes ou externes pourrait être utile, si bien qu'il serait possible de cliquer sur une jurisprudence, une référence doctrinale, une base légale ou une décision distincte pour y accéder⁸⁵. Toutefois, il n'est pas certain que la plateforme prévienne ces derniers outils, du moins dans l'immédiat. Si tel n'était pas le cas, il pourrait s'agir d'améliorations possibles à court terme.

77 MEYER/BÜHLER (note 38), § 9.

78 BÜHLER (note 20), § 9.

79 Jacques BÜHLER, Début des travaux au sein des groupes d'experts Justitia 4.0, Newsletter Nr 1, in: *Projet Justitia 4.0* (www.justitia40.ch), Berne 2019, (<https://www.justitia40.ch/fr/newsletter_fr/>) (05.06.2020).

80 BÜHLER (note 20), § 9 s.

81 MEYER/BÜHLER (note 38), § 9.

82 *Ibid.*

83 MACHLEIDT LEHMANN (note 16), § 40 et 42.

84 *Id.*, § 35 et 38.

85 *Id.*, § 47.

D. Améliorations envisageables

I. Accès multiples et différenciés

Un dossier électronique a pour avantage, par rapport au dossier physique, de permettre aux acteurs du procès d'avoir accès en temps réel à son contenu sans pour autant le rendre indisponible pour les autres. Ainsi, un accès à cette plateforme et aux dossiers, ou du moins à certaines parties du dossier (accès différencié), devrait également être possible pour des experts par exemple. Par ailleurs, lorsqu'un recours est déposé sur une question séparée, l'intégralité du dossier physique n'aura plus besoin d'être transmis à l'autorité supérieure – mécanisme qui paralyse l'avancée de la procédure pendante devant l'instance précédente. Ainsi, chaque acteur de la procédure devrait être mis au bénéfice d'un accès complet ou différencié au dossier, de sorte qu'aucune perte de temps ne serait à déplorer⁸⁶. La gestion des dossiers complexes serait facilitée.

Du point de vue des représentants professionnels, ceux-ci devraient disposer de plusieurs connexions. Il ne serait pas surprenant que tant le mandataire professionnel que son secrétariat puissent être amenés à se connecter sur la plateforme en même temps. De manière identique, un seul et même secrétariat de plusieurs représentants professionnels doit pouvoir être connecté à plusieurs comptes en même temps, afin de faciliter son travail et de ne pas le contraindre à se connecter/déconnecter un nombre indéterminé de fois par jour. La doctrine actuelle en la matière n'aborde pas ces questions d'identifications multiples, il est donc pour l'heure ni exclu ni garanti que ces possibilités soient prévues dans le projet Justitia.Swiss. A titre de comparaison, le système français ne semble pas le permettre⁸⁷.

II. Dossiers électroniques dynamiques

Prévoir une plateforme numérique fonctionnant à l'identique d'un système de poste en ligne telle qu'IncaMail ou PrivaSphere Secure Messaging permettant de consulter les actes d'ores et déjà transmis présente un intérêt en raison de son évolution technique, mais ne donne lieu à aucune évolution juridique. Afin de voir au-delà du projet Justitia.Swiss, les auteurs de la présente contribution émettent l'hypothèse de tendre à un dossier électronique dynamique/évolutif qui remplacerait la simple succession d'actes connue à ce jour dans le cadre des échanges d'écritures. Un seul et même acte qui évoluerait au cours de la procédure aurait pour avantage de faciliter la compréhension des arguments de chacun et de visualiser plus facilement les points controversés.

86 Propos de François BOHNET, recueillis par FISCHER (note 6), p. 21.

87 Marion BRYLINSKI, *Le juge judiciaire et la dématérialisation*, in: Christophe Otero/Pierre-Louis Boyer (dir.), *Regards croisés sur la dématérialisation des procédures juridictionnelles*, Havre 2018, p. 65.

Un système de couleurs et de polices d'écriture différentes pourrait faciliter la compréhension de l'acte et de son évolution, à l'aide d'un outil comparable – mais certes plus élaboré – au mode «*suivi des modifications*» d'un document Word. Afin de garantir la lisibilité du document, diverses possibilités de faire apparaître ou de dissimuler les prises de position des différentes parties (en fonction de leur auteur ou encore du stade de la procédure au cours duquel elles auront été formulées) pourraient être prévues. Si en Suisse une telle évolution devait voir le jour, différentes dispositions du CPC devraient être repensées dans un univers dématérialisé, notamment celles relatives à l'allégation des faits (art. 229, 230, 247, 317, 326 et 328 CPC) ou à la forme des actes (art. 130 ss CPC). Dans la même logique d'innovation, l'art. 180 CPC concernant la production des titres pourrait être modifié afin de prévoir la possibilité ou l'obligation d'ajouter après chaque allégué un lien hypertexte renvoyant à la preuve apportée par titre, afin de faciliter sa consultation et sa compréhension.

III. Automatisation et recours à l'intelligence artificielle

L'état actuel de la technique permet d'envisager une procédure entièrement ou partiellement automatisée. En Estonie, il est même prévu qu'une intelligence artificielle puisse, dès cette année, rendre des jugements de manière autonome dans des affaires dont la valeur litigieuse ne dépasse pas € 7000⁸⁸. Avant d'atteindre un tel niveau d'automatisation voire de déshumanisation⁸⁹/robotisation⁹⁰ de la justice, il serait plus prudent d'envisager, dans un premier temps du moins, que l'intelligence artificielle rende uniquement certaines décisions en cours de procédure – celles relatives à des questions modélisables – ou qu'elle puisse apporter des renseignements à un magistrat, afin de l'aider à rendre une décision lorsque celle-ci se fonde sur un calcul.

Pratiquement, les décisions modélisables pourraient, par exemple, être celles portant sur l'indigence en matière d'assistance judiciaire, l'avance de frais et les frais judiciaires. Quant aux décisions fondées sur un calcul, l'intelligence artifi-

88 On consultera à ce titre <<https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thin-ks-so/>> (05.06.2020).

89 CAPUS (note 23), p. 22; Valérie LASSERRE, Justice prédictive et transhumanisme, in: La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, Tome 60, Paris 2018, p. 319.

90 Boris BARRAUD, Un algorithme capable de prédire les décisions des juges: vers une robotisation de la justice?, in: HAL (archives-ouvertes.fr), France 2017, (<<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01404518/document>>) (05.06.2020), p. 1 ss; Adrien VAN DEN BRANDEN, Les robots à l'assaut de la justice: l'intelligence artificielle au service des justiciables, Bruxelles 2019, p. 3 ss; Jean-Pierre BUYLE/Adrien VAN DEN BRANDEN, La robotisation de la justice, in: Hervé Jacquemin/Alexandre de Streeel (dir.), L'intelligence artificielle et le droit, Bruxelles 2017, p. 259 ss; Loïc GÉRARD, Robotisation des services publics: l'intelligence artificielle peut-elle s'immiscer sans heurt dans nos administrations?, in: Hervé Jacquemin/Alexandre de Streeel (dir.), L'intelligence artificielle et le droit, Bruxelles 2017, p. 413 ss; Bruno PIREYRE, Allocution d'ouverture, in: Nathalie Blanc/Mustapha Mekki (dir.), Le juge et le numérique: un défi pour la justice du XXI^e siècle, Paris 2019, p. 4.

cielle pourrait aider le magistrat, par exemple en droit du bail relativement au montant d'une indemnisation en raison de l'existence d'un défaut de la chose louée ou de la fixation du loyer, ou en droit de la famille sur le montant d'une contribution d'entretien, et ce, en fonction d'une analyse détaillée de la jurisprudence topique⁹¹.

Il est alors nécessaire de déterminer avec précision quel serait le rôle des algorithmes, quels types de renseignements ou même de décisions ils seraient capables de donner ou de rendre (E., IV.) et quelles en seraient les conséquences sur l'application du droit (E., V.). Ces divers aspects sont développés ci-après.

E. Intelligence artificielle

I. Historique

L'intelligence artificielle est la «*capacité d'une unité fonctionnelle à exécuter des fonctions généralement associées à l'intelligence humaine telles que le raisonnement et l'apprentissage*»⁹². A titre d'exemple, elle a été utilisée dans les années 70 pour la représentation des connaissances, dix ans plus tard dans la cybernétique et dans les années 90 dans la robotique. Ce dernier usage a permis l'évolution vers l'apprentissage autonome des machines. L'intelligence artificielle a touché le grand public en passant par des événements médiatisés tels que la première victoire d'une machine sur l'humain aux échecs en 1997, au jeu de go en 2016 et au poker en 2017⁹³. L'apprentissage automatique est actuellement utilisé dans la conception de robots autonomes tels que des voitures autonomes⁹⁴. Il est désormais question de l'usage de l'intelligence artificielle fonctionnant à l'aide d'algorithmes dans des programmes informatiques pour la collecte des sources – soit la création de la base de données –, la recherche juridique et l'analyse de cette dernière afin d'aider le juge à rendre une décision, voire même, à l'avenir, afin de rendre des décisions en cours de procédure ou des décisions finales (hypothèses controversées) (E., V., 2.)⁹⁵. Cette dernière

91 François BOHNET, Pour un procès civil adapté au numérique, Uninews, Nos vies numériques, n° 51, Neuchâtel 2018.

92 On consultera à ce titre la norme ISO/IEC 2382:2015, Technologies de l'information – Vocabulaire <<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:ed-1:v1:en>> (05.06.2020) traduit par Godofroy LÉMY, La performativité de la justice «prédictive»: un pharmakon?, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), Intelligence artificielle, Paris 2019, p. 97.

93 Jérôme DUPRÉ, Du droit saisi par l'IA au droit saisissant l'IA, éléments de réflexion, in: La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, Tome 60, Paris 2018, p. 105.

94 *Ibid.*

95 BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 288 et 292; Scarlett-May FERRIÉ, Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable, La semaine juridique 2018/11 498 ss, p. 499; Antoine LOUVARIS, Présentation générale. La justice prédictive entre être et devoir-être, in: Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (dir.), La justice prédictive, Paris 2018,

phase est appelée justice prédictive et peut reposer sur divers outils à savoir la *machine learning* (ou *deep learning* qui en est un dérivé⁹⁶)⁹⁷ et le *natural language processing*⁹⁸.

En Suisse, bien que l'intelligence artificielle ait fait son apparition dans plusieurs domaines (notamment ceux des transports, de la santé, de la sécurité, de la finance, de la formation, de l'industrie et des services, de la science et de la recherche ou encore du marketing⁹⁹), son utilisation dans le domaine de la justice est encore rare¹⁰⁰. Le recours à une intelligence artificielle n'est pour l'heure pas prévu par le projet «Justitia 4.0»¹⁰¹. Dans le domaine connexe de l'exécution des sanctions, une intelligence artificielle a été développée afin de tenter de prévenir et de réduire les risques de récidives, en appliquant un certain nombre de critères prédéfinis¹⁰². Celle-ci a été adoptée par tous les cantons alémaniques¹⁰³. Il semble ainsi s'agir de l'algorithme le plus utilisé en Suisse dans le cadre de l'exécution des peines¹⁰⁴. Toutefois, son degré de fiabilité est faible¹⁰⁵.

II. Etude portant sur la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme

La capacité d'une intelligence artificielle à rendre des décisions semblables à celle d'un juge humain a fait l'objet d'une étude publiée en 2014 aux Etats-

p. 25; Frédéric ROUVIÈRE, *Le raisonnement par algorithmes: le fantasme du juge-robot*, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), *Intelligence artificielle*, Paris 2019, p. 84.

96 Florence LARDET/Emmanuel DAUD, *Réquisitions*, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), *Intelligence artificielle*, Paris 2019, p. 274 n 18.

97 Jérôme DUPRÉ/Jacques LÉVY VÉHEL, *L'intelligence artificielle au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel*, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), *Intelligence artificielle*, Paris 2019, p. 34; Viktoria HEROLD, *Algorithmisierung von Ermessensscheidungen durch Machine Learning*, InTeR 2019, p. 7 ss; LÉMY (note 92), p. 97 et la réf. citée.

98 LÉMY (note 92), p. 97.

99 Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» au Conseil fédéral: *Défis de l'intelligence artificielle*, Berne 2019, p. 3 et 47.

100 *Id.*, p. 99.

101 *Id.*, p. 100.

102 On consultera à ce titre <<https://www.rosnet.ch/de-ch/home>> (05.06.2020); voir également: Martin KILLIAS/Raquel ROSÉS BRÜNGGER, *Modellversuch: Risikoorientierter Sanktionsvollzug, Bemerkungen und Analysen zum Projekt des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich*, in: Killias Research & consulting (<<https://www.krc.ch>>), Lenzburg 2014, (<<https://www.krc.ch/krcwp/wp-content/uploads/2016/03/Schlussbericht-ROS-KRC.pdf>>), (05.06.2020), p. 1 ss.

103 CAPUS (note 23), p. 21 n. 9.

104 *Id.*, p. 20.

105 Timo GROSSENBACHER/Christof SCHNEIDER, *Die grosse Screening-Maschine*, Schweizer Justizbehörden prüfen jährlich tausende Insassen auf ihre Gefährlichkeit – mit einem umstrittenen Algorithmus, in: Schweizer Radio und Fernsehen (<<https://www.srf.ch>>), s.l. 2018, (<<https://www.srf.ch/news/schweiz/rueckfallrisiko-bei-straftaetern-die-grosse-screening-maschine>>) (05.06.2020); KILLIAS/BRÜNGGER (note 102), p. 3 ss.

Unis¹⁰⁶. Cette étude était basée sur environ 7700 décisions de la Cour Suprême, couvrant une période de 60 ans (hormis les décisions rejetées pour des questions procédurales et celles dont l'auteur n'est pas connu). Elle démontre qu'une intelligence artificielle a réussi à déterminer le vote individuel des juges à 69,7% et à rendre un jugement comparable à celui de la Cour Suprême à 70,9%¹⁰⁷.

Deux ans plus tard, en Europe, une enquête a été menée relativement aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon celle-ci, l'intelligence artificielle a jugé 79% des affaires de la Cour de manière semblable aux juges humains¹⁰⁸. Buyle et van den Branden estiment que ce taux de prédictibilité est «impressionnant»¹⁰⁹. Une certaine réserve s'impose, car le taux d'«échec» reste encore relativement important. Par ailleurs, il convient de préciser les conditions dans lesquelles l'enquête a été menée, ce que la doctrine omet parfois¹¹⁰. Dans le cadre de cette enquête, l'intelligence artificielle s'est prononcée uniquement sur les affaires jugées recevables par la Cour – la base de données de l'étude étant celle de la Cour (HUDOC) qui ne contient que les jugements se prononçant sur le fond des affaires – et portait uniquement sur l'application des art. 3 (interdiction de la torture), 6 (droit au procès équitable) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) CEDH¹¹¹. Un nombre équivalent de cas de violation et de non-violation était sélectionné pour chacune des dispositions choisies¹¹². Le programme informatique n'était ainsi pas influencé par le fait qu'en réalité un nombre très important de requêtes ne passe pas le seuil de la recevabilité et que parmi celles jugées recevables la majorité est rejetée. Dans le cadre de cette étude, la tâche de l'intelligence artificielle était simple; elle devait uniquement déterminer s'il y avait violation ou non de la disposition. En d'autres termes, il s'agissait d'une tâche de classification binaire¹¹³. Tous ces éléments facilitent le travail de l'intelligence artificielle. La structure rigide et l'évolution relativement constante de la jurisprudence de la CourEDH doivent également être prises en compte.

106 Daniel Martin KATZ/Michael James BOMMARITO/Josh BLACKMAN, *Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States: A General Approach*, Cornell University, 2014, p. 1 ss.

107 *Ibid.*

108 Nikolaos ALETRAS/Dimitrios TSARAPATSANIS/Daniel PREOTIUC-PIETRO/Vasileios LAMPOS, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in: PeerJ Computer Science (www.perrj.com), s.l. 24 octobre 2016, (<<https://peerj.com/articles/cs-93.pdf>>) (05.06.2020), p. 1 ss.

109 BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 294.

110 *Ibid.*; Thomas CASSUTO, *La justice à l'épreuve de sa prédictibilité*, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), *Intelligence artificielle*, Paris 2019, p. 108.

111 ALETRAS/TSARAPATSANIS/PREOTIUC-PIETRO/LAMPOS (note 108), p. 8.

112 *Ibid.*

113 *Id.*, p. 1.

III. Tribunal fédéral

Une étude analogue à celles précédemment évoquées, relative à la capacité d'une intelligence artificielle à rendre des décisions semblables à celles des juges du Tribunal fédéral n'aboutirait probablement pas à des résultats comparables. La tâche du Tribunal fédéral n'étant pas identique à celle de la CourEDH – qui n'a que deux options possibles à savoir rendre une décision de violation ou de non-violation – celle de l'intelligence artificielle ne sera pas la même. Par ailleurs, au niveau de la CourEDH, les informations contenues dans la base de données sont des décisions de rang hiérarchique identique, seule leur chronologie peut avoir une influence, alors qu'en Suisse les sources jurisprudentielles peuvent être de rang hiérarchique différent selon les instances dont elles émanent. A ce titre, se pose également la question de l'accès aux sources jurisprudentielles et de la nécessité éventuelle que toutes les décisions soient accessibles dans un *open data*, comme en France¹¹⁴. Une fois la question de la base de données jurisprudentielle résolue se posera également la question de la hiérarchisation de ces sources. Cette dernière est indispensable pour une bonne application du droit et une meilleure sécurité juridique¹¹⁵. Il est ainsi primordial que l'intelligence artificielle puisse identifier le rang hiérarchique de la source (chronologie des décisions et hiérarchie de la norme) pour fonctionner de manière optimale. Cependant, la capacité de hiérarchisation de ces outils informatiques n'est pas encore connue¹¹⁶ même si, selon Buyle et van den Branden, il est prévisible que l'intelligence artificielle pourra, à l'avenir, identifier «*les revirements ou les ajustements de jurisprudence et de déterminer si une certaine jurisprudence est majoritaire ou minoritaire*»¹¹⁷. En outre, la jurisprudence du Tribunal fédéral revêt certes toujours une structure générale similaire, mais n'a pas constamment le même style, ce qui compliquerait la tâche de l'intelligence artificielle.

IV. Capacité d'une intelligence artificielle

Bien que la technique ne cesse d'évoluer et que les intelligences artificielles sont de plus en plus performantes, un taux de prédictibilité de 100% ne sera jamais atteint. Ceci s'explique par le fait que le juge-robot se prononce sur la base d'une application logique du droit alors que le juge humain peut être influencé par des éléments extérieurs (subjectifs) qui forgent sa conviction et qui ne sont

pas modélisables¹¹⁸. Ainsi, les lanceurs d'alertes et les auteurs de délit dit altruistes sont, en règle générale, jugés avec plus de clémence, ce que le juge-robot ne pourra pas faire, car il ne percevrait pas la nuance¹¹⁹. Par ailleurs, l'erreur étant humaine, certaines décisions d'un juge-robot pourraient parfois s'avérer être plus pertinentes que celles d'un juge humain. Au vu de ce qui précède, une marge d'erreur du taux de prédictibilité des décisions est inévitable. Pour autant que cela soit possible, une valeur maximale devrait être fixée à cette marge d'erreur pour pouvoir déterminer si les capacités d'une intelligence artificielle sont suffisantes.

Il convient également de rappeler qu'une décision doit être individuelle et concrète contrairement à la norme qui est générale et abstraite. Or, une intelligence artificielle ne peut que rendre une probabilité basée sur des statistiques et non pas une décision individuelle et concrète¹²⁰. L'intelligence artificielle devrait donc être avant tout utilisée comme outil de prise de décisions en cours de procédure – soit lorsque la question posée est modélisable – ou comme aide à la décision¹²¹, en renseignant le magistrat sur des éléments de la décision lorsque celle-ci peut être basée sur un calcul moyen (D., III.)¹²².

Malgré les risques inhérents à l'utilisation de l'intelligence artificielle, Cassuto considère que la prédictibilité informatique est un «*complément, sinon une alternative fiable à l'expérience du praticien*». Il souligne toutefois, à juste titre, que l'«*efficacité de ces outils [...] semble encore limitée*»¹²³. Il convient de rester attentif à l'évolution de la technique et des capacités de l'intelligence artificielle, afin de déterminer quand le niveau de fiabilité nécessaire sera atteint si t'en est qu'il peut l'être. Cassuto relève d'ailleurs la difficulté particulière qu'il y a à détecter et corriger une erreur de programmation, ce qui présente un risque supplémentaire par rapport à un juge humain¹²⁴. Partant, le recours à un juge humain devrait toujours être possible (E., V.), qu'il s'agisse d'une décision de procédure ou d'une décision de fond, afin de s'assurer qu'aucun justiciable ne soit privé de ses droits en raison d'une potentielle erreur informatique¹²⁵. La compétence décisionnelle et la liberté d'appréciation appartiennent au juge. D'un avis plus radical, Capus soutient que les algorithmes ne doivent, en l'état

114 Art. L111–13 du Code de l'organisation judiciaire français.

115 Jean-Marc SAUVÉ, Introduction, in: *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* (dir.), La justice prédictive, Paris 2018, p. 8 ss.

116 CASSUTO (note 110), p. 110; Valérie MALABAT, Justice prédictive et droit pénal substantiel, in: Nathalie Blanc/Mustapha Mekki (dir.), *Le juge et le numérique: un défi pour la justice du XXI^e siècle*, Paris 2019, p. 109 s. et n. 18 et les réf. citées; SAUVÉ (note 115), p. 9 et 12.

117 BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 291.

118 BARRAUD (note 90), p. 3, 10 s.; CASSUTO (note 110), p. 109.

119 BARRAUD (note 90), p. 20.

120 CASSUTO (note 110), p. 113; HEROLD (note 97), p. 11.

121 Alain BENSOUSSAN/Jérémy BENSOUSSAN, IA, robots et droit, Bruxelles 2019, N 1650; HEROLD (note 97), p. 11.

122 MALABAT (note 116), p. 111; Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» au Conseil fédéral: Défis de l'intelligence artificielle (note 99), p. 100.

123 CASSUTO (note 110), p. 108.

124 *Id.*, p. 112.

125 VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 95; Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» au Conseil fédéral: Défis de l'intelligence artificielle (note 99), p. 100; BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 302.

du moins, pas être utilisés dans le cadre de la justice pénale en raison du risque d'atteinte trop important aux droits fondamentaux¹²⁶.

V. Risques prévisibles d'une intelligence artificielle d'aide à la décision ou de prise de décision

1. Intelligence artificielle d'aide à la décision

Une intelligence artificielle d'aide à la décision peut fonctionner de plusieurs manières. Soit le résultat produit par le programme informatique a une force probante et le juge doit motiver sa décision s'il souhaite s'en écarter¹²⁷, soit ce résultat n'est qu'une information et le juge conserve sa liberté d'appréciation¹²⁸. Dans les deux éventualités, mais surtout dans la première, il est à craindre que le juge n'utilise pas les résultats donnés par l'intelligence artificielle uniquement comme source d'inspiration, mais comme une norme secondaire¹²⁹. Il s'agit de l'effet performatif¹³⁰. Il est décrit par certains auteurs comme étant un risque que les juges se sentent limités par les données algorithmiques, car ils ressentiraient une certaine pression les poussant à rendre une décision allant dans le sens de leurs collègues, afin d'éviter qu'un appel ne soit interjeté ou par facilité¹³¹. Ce comportement serait favorisé par une impression de réduction de responsabilité¹³² et aurait pour effet que les juges n'utilisent plus – ou moins – leur sens de la justice et ne seraient que «*la bouche d'autres juges*»¹³³. Il s'agit d'un cas de «*panurgisme*» judiciaire¹³⁴. Partant, il y aurait une atteinte à leur indépendance si ceux-ci n'osaient pas s'éloigner des statistiques et de la

126 CAPUS (note 23), p. 23.

127 MALABAT (note 116), p. 111; VINCENT VIGNEAU, Le passé ne manque pas d'avenir: Libres propos d'un juge sur la justice prédictive, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), Intelligence artificielle, Paris 2019, p. 169.

128 FABRICE DEFFERRARD/CHRISTELLE PAPINEAU, Le pouvoir de *jurisdictio* des algorithmes aux Etats-Unis: entre fantasme et réalité jurisprudentielle, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), Intelligence artificielle, Paris 2019, p. 142 s. et les réf. citées; Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» au Conseil fédéral: Défis de l'intelligence artificielle (note 99), p. 100.

129 ANTOINE GARAPON, Les enjeux de la justice prédictive, in: La semaine juridique, n° 1–2 du 9 janvier 2017, p. 52; LASSERRE (note 89), p. 318; MALABAT (note 116), p. 111.

130 VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 103 ss; DIDIER CHOLET, La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil, in: La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, Tome 60, Paris 2018, p. 231; FERRIÉ (note 95), p. 502 ss; GARAPON (note 129), p. 52; SYLVIE LEBRETON-DERRIEN, Introduction à une justice «simplement» virtuelle, in: La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, Tome 60, Paris 2018, p. 11; LÉMY (note 92), p. 96 ss; VIGNEAU (note 127), p. 169.

131 BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 295; FERRIÉ (note 95), p. 502 s.

132 GARAPON (note 129), p. 51.

133 LEBRETON-DERRIEN (note 130), p. 11.

134 BARRAUD (note 90), p. 17; ZOÉ JACQUEMIN, Vices et vertus de la justice prédictive en droit de la responsabilité civile, in: Nathalie Blanc/Mustapha Mekki (dir.), Le juge et le numérique: un défi pour la justice du XXI^e siècle, Paris 2019, p. 127.

solution apportée par l'intelligence artificielle. Cela engendrerait un ancrage de la jurisprudence¹³⁵.

Plus grave encore, la simple consultation des statistiques aurait pour conséquence de forger l'opinion du juge avant même qu'il ne tranche le litige, parfois même sans qu'il ne s'en rende véritablement compte. Ce préjugé porte une atteinte à l'impartialité des juges qu'aucune règle de procédure ne permet d'éviter. La récusation est inutile dans une telle situation, car tous les juges auront accès aux mêmes données¹³⁶. Il convient dès lors d'établir un équilibre entre la liberté du pouvoir d'appréciation du juge et une application stricte des tables¹³⁷.

Du point de vue des justiciables et des avocats, cette atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des juges rendra leurs tâches plus complexes lorsque ceux-ci essaieront de plaider en faveur d'un revirement de jurisprudence ou, du moins, d'une alternative rarement retenue par les tribunaux¹³⁸. Buyle et van den Branden vont encore plus loin et considèrent même que l'effet performatif «*renverse dans une certaine mesure la charge de la preuve de la résolution du litige: ce n'est plus l'avocat qui doit convaincre le juge de prendre en compte un certain critère, c'est le juge qui doit réfuter la prise en compte dudit critère par la machine*»¹³⁹.

2. Intelligence artificielle de prise de décision

Une multitude de questions se posent en lien avec la problématique de l'intelligence artificielle de prise de décision. Cette contribution se limite à en esquisser quelques-unes.

Le droit suisse n'est pas entièrement modélisable et ne peut être réduit à un modèle «si ... alors ...», notamment lorsqu'il fait référence à des notions juridiques indéterminées telles que le «délai raisonnable» ou encore la «bonne foi». Pour les composantes modélisables, un paramétrage de chaque critère de l'algorithme serait envisageable, afin que celui-ci puisse rendre des décisions. Cependant, en faisant des choix dans la structure des informations à traiter, les développeurs de ces outils intégreront des préjugés, de manière consciente ou non. Dans cette situation, l'algorithme, en lui-même pas intelligent, ne serait pas neutre¹⁴⁰. Les biais induits dans le code de l'algorithme constituent dès lors un risque notable, ce d'autant qu'il serait compliqué, pour ne pas dire impossi-

135 MAGALIE BOUTEILLE-BRIGANT, Pour un «transjuridisme»? in: La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, Tome 60, Paris 2018, p. 304; FERRIÉ (note 95), p. 503; PATRICIA POMONTI, Risques et avenir d'une justice virtuelle, in: La justice prédictive, Archives de philosophie du droit, Tome 60, Paris 2018, p. 197.

136 FERRIÉ (note 95), p. 504.

137 BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 295 s.

138 GARAPON (note 129), p. 52.

139 BUYLE/VAN DEN BRANDEN (note 90), p. 296.

140 FERRIÉ (note 95), p. 504.

ble, qu'un justiciable les décèle. Un algorithme auto-apprenant, soit intelligent, de type *machine learning* ou *deep learning*, peut subir d'autres biais que ceux initiés par les développeurs et, surtout, présente un manque de transparence inacceptable pour qu'une décision soit prise de cette manière-là¹⁴¹.

Dans l'éventualité où un algorithme pourrait rendre une décision sans biais et de manière transparente, il conviendrait de déterminer si ce procédé entre dans la notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'art. 6 CEDH. Selon Ferrié, la garantie du droit à un procès équitable est atteinte. Toutefois, elle souligne que «l'article 6, § 1 de la Convention EDH n'oblige pas les Etats à ce que chaque stade des procédures se déroule conformément à ses prescriptions, davantage de souplesse est envisageable si un recours est ensuite possible devant une juridiction qui les satisfait»¹⁴². Autant dire qu'une décision de dernière instance ne pourrait être prise par une intelligence artificielle, quand bien même elle satisferait par hypothèse aux exigences de transparence et ne contiendrait aucun biais. Le recours à un juge humain devrait ainsi toujours être possible (E., IV.).

Même si tous les obstacles précédemment évoqués pouvaient être surmontés, le risque que la jurisprudence cesse d'évoluer perdurerait. Lorsque l'intelligence artificielle pronostique par exemple à 45% que la partie succombe, elle rendra automatiquement et inmanquablement une telle décision¹⁴³. A ce titre, Mazou soutient justement qu'«une cause qui présent[e] presque une chance de succès sur deux, deviendra une cause perdue d'avance»¹⁴⁴. Il s'agit d'un cercle vicieux, l'intelligence artificielle donnera toujours les mêmes solutions qui seront encore et encore reproduites. Cela conduirait à l'anéantissement de la liberté d'appréciation des juges et de l'évolution de la jurisprudence à l'image de la société¹⁴⁵; il en résulterait une jurisprudence statique et uniforme.

F. Conclusion

Il n'est plus guère possible de fermer les yeux sur les développements de la technologie. Ils impactent chaque aspect de nos vies et n'épargnent pas la justice, institution essentielle de la régulation sociale. La crise liée au COVID-19 accélère manifestement le mouvement de digitalisation de la justice, compte

tenu de la nécessité de développer des outils de travail à distance, aptes à parer aux risques sanitaires. Dans ce cadre, il conviendra d'être attentif aux travaux du groupe de réflexion «Justitia 4.0» et de s'assurer que les choix opérés quant au fonctionnement et aux outils de la plateforme Justitia.Swiss sont les bons.

Quant à l'intelligence artificielle, il s'agira d'y avoir recours de manière raisonnée et non précipitée. Les outils d'aide à la décision et de prise de décision sont basés sur l'interprétation des anciennes jurisprudences. Par définition, cette approche s'insère davantage dans un système de *common law*¹⁴⁶ qui applique un droit fondé sur les précédents, que dans le système du droit continental connu en Suisse. Toutefois, il est primordial de connaître ces outils afin de ne pas se laisser suspendre lorsqu'ils feront leur arrivée auprès des legaltechs suisses. Ainsi, il faut avoir conscience de l'un des risques majeurs de l'intelligence artificielle, à savoir celui de favoriser une justice reproduisant des décisions et d'empêcher la jurisprudence de rester en adéquation avec la société¹⁴⁷. Afin d'éviter autant que possible cet effet performatif (ou du moins de ne pas l'augmenter inutilement), il est impératif que l'intelligence artificielle soit utilisée, pour l'heure du moins, uniquement comme aide à la décision sans force probante¹⁴⁸, laissant au juge sa pleine liberté d'appréciation (outil moins invasif), ou comme outil de prise de décision lorsque celle-ci est modélisable, et ce, avec de grandes précautions. L'intelligence humaine doit contrôler l'intelligence artificielle.

Zusammenfassung

Dieser Artikel befasst sich mit der Digitalisierung des Zivilprozesses mittels der Plattform Justitia.Swiss, mit allfälligen Verbesserungen dieser Plattform und mit dem Einsatz künstlicher Intelligenz im Justizbereich. Er legt eine Analyse der aktuellen Lage vor sowie der voraussichtlichen und in manchen Punkten sogar unvermeidlichen Weiterentwicklung, insbesondere im Hinblick auf die COVID-19-Krise. Gefragt wird nach den Auswirkungen der künstlichen Intelligenz auf das Verhalten der Richter und damit auch auf die Entwicklung der Rechtsprechung.

141 Pour de plus amples informations relatives aux biais que peuvent subir des algorithmes auto-apprenants, le lecteur est renvoyé à l'article suivant et à ses références: Maximilian LEICHT/Julia KARST/Jasmin ZIMMER, Diskriminierung und Frauenfeindlichkeit – KI als Spiegel unserer Gesellschaft, Jusletter IT 28 février 2020, p. 73 ss.

142 FERRIÉ (note 95), p. 505.

143 Propos de Miriam MAZOU, recueillis par Jean-François KRÄHENBÜHL, L'intelligence artificielle dans les prétoires alarme les juristes, in: Chambre vaudoise du commerce et de l'industrie 11–2019 N° 09 8 ss, p. 8.

144 *Ibid.*

145 *Ibid.*; FERRIÉ (note 95), p. 505; GARAPON (note 129), p. 52.

146 Bruno DONDERO, Justice prédictive: la fin de l'aléa judiciaire?, in: Stéphane Prévost/Erwan Royer (éd.), Intelligence artificielle, Paris 2019, p. 134.

147 BOUTEILLE-BRIGANT (note 135), p. 304.

148 LASSERRE (note 89), p. 320 et les réf. citées. Voir également les principes et les recommandations formulées par la CNIL dans le domaine de l'intelligence artificielle appliquée au droit: Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, Comment permettre à l'Homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, in: cnil (www.cnil.fr), Paris 15 décembre 2017, (<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf>) (05.06.2020).

Résumé

Cet article s'intéresse à la dématérialisation de la procédure civile par le biais de la plateforme Justitia.Swiss, de ses éventuelles améliorations et du recours à l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice. Il présente une analyse de la situation actuelle et de son évolution prévisible et même inévitable sous certains de ses aspects, au vu notamment de la crise liée au COVID-19. Il évoque la question de l'impact de l'intelligence artificielle sur le comportement des juges et partant sur l'évolution de la jurisprudence.