

Rechtslehre Doctrine Dottrina

Dématérialisation, automatisation et justice prédictive en procédure civile: notions et perspectives

SANDRA MARIOT*

Résumé

Cet article s'intéresse à définir et distinguer les notions de dématérialisation, d'automatisation ainsi que de justice prédictive dans le cadre de la procédure civile. Il propose également des pistes d'application de ces concepts en procédure civile suisse.

Zusammenfassung

Dieser Artikel umschreibt und unterscheidet die Begriffe der Papierlosigkeit, der Automatisierung sowie der prädiktiven Justiz-Tools vor dem Hintergrund des Zivilprozesses und macht Vorschläge, wie diese Konzepte im schweizerischen Zivilprozess umgesetzt werden könnten.

Riassunto

Questo articolo descrive e classifica i concetti di dematerializzazione, automatizzazione, come pure di giustizia predittiva nell'ambito della procedura civile. Propone pure degli ambiti applicativi di questi concetti in procedura civile svizzera.

* Doctorante à l'Université de Neuchâtel, avocate.

Table des matières

I.	Introduction
II.	Procédure dématérialisée
1.	Communication électronique et plateforme numérique
a.	Notions
b.	Perspectives
2.	Vidéoconférence
a.	Notion
b.	Perspectives
III.	Procédure automatisée
1.	Notion
2.	Perspectives
IV.	Justice prédictive
1.	Notion
2.	Perspectives
V.	Conclusion

I. Introduction

Cet article a pour dessein de poser les jalons en matière de procédure dématérialisée et automatisée ainsi que de justice prédictive dans le cadre de la procédure civile en Suisse. Nous commencerons par définir la dématérialisation de la procédure, en expliquant ce qui peut être dématérialisé et comment (II.). Nous poursuivrons par l'analyse de l'automatisation des procédures (III.) puis celle de la justice prédictive et de ses composantes (IV.), avant de conclure (V.).

II. Procédure dématérialisée

La dématérialisation de la procédure concerne tant les écrits que la tenue d'audiences.

La communication des écrits sur support papier ainsi que le dossier physique peuvent être dématérialisés. Ceci se concrétise par une transmission électronique et par le passage du dossier physique au dossier électronique (1.).

Une audience orale en présentiel qui se tient dans les locaux d'un tribunal et à l'issue de laquelle un procès-verbal sur support papier est établi peut être dématérialisée par le biais d'une vidéoconférence (2.).

En cas de dématérialisation tant des écrits que des audiences – soit lorsque la procédure se déroule sur un support informatique et télévisuel – nous sommes face à un tribunal dématérialisé ou en ligne. Le premier tribunal de ce type est situé dans la province du Zhejiang en République populaire de Chine¹.

¹ GIANNA ABEGG/FELIX ENGELHARDT, China Takes Online Dispute Resolution to the Next Level, Jusletter weblaw 4 mars 2019.

1. Communication électronique et plateforme numérique

a. Notions

La première étape du processus de dématérialisation de la procédure consiste à passer d'une boîte aux lettres postale à une boîte aux lettres électronique. Ceci permet de dématérialiser les communications (actes, correspondances, moyens de preuves ou autres). La dématérialisation de la procédure peut connaître un niveau supplémentaire, à savoir la mise en place d'un dossier électronique consultable sur une plateforme numérique².

Depuis 2007, il est possible en Suisse de déposer des recours par voie électronique auprès du Tribunal fédéral (art. 42 al. 4, 48 al. 2 et 60 al. 3 LTF).

Au niveau cantonal, avant l'unification de la procédure civile, les cantons d'Argovie³, de Schaffhouse⁴ et de Soleure⁵ faisaient figure de pionniers, en prévoyant la possibilité de procéder à une communication par voie électronique⁶.

Dès 2011, la communication électronique a été étendue aux procédures civiles de tous les cantons en application du Code de procédure civile⁷ et particulièrement de l'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 faillite⁸.

b. Perspectives

La Suisse ne possède pas encore de dossier électronique ni de plateforme numérique. Il s'agit là du dessein du projet Justitia 4.0. La plateforme numérique prévue par ce projet sera unique en Suisse. Elle a pour but de permettre le dépôt informatique d'actes judiciaires, la consultation en ligne des dossiers ainsi que la communication électronique entre les acteurs du procès, que ce soit au niveau cantonal ou fédéral, en procédure civile, pénale ou administrative⁹. Dans cette perspective, le Conseil fédéral a mis en consultation, le 11 novembre 2020, la nouvelle Loi fédérale

² SANDRA MARIOT, Justice dématérialisée, in: blog post du LexTech Institute, 18 novembre 2020, disponible sur <https://www.lextechinstitute.ch/justice-dematerialisee/> (consulté le 9.4.2021).

³ § 82 s. Zivilrechtspflegegesetz vom 18. Dezember 1984 (Stand 1. März 2010); RS Argovie 221.100.

⁴ Art. 29a Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951; RS Schaffhouse 273.100.

⁵ Art. 116 Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 13 März 1977; RS Soleure 125.12.

⁶ ZK ZPO- STAHELIN, art. 130 N 1.

⁷ Art. 130 CPC, qui prévoit qu'un recours peut être déposé par voie électronique au niveau cantonal; art. 139 CPC, qui prévoit que les tribunaux et les autorités peuvent notifier les ordonnances et les décisions aux parties qui ont donné leur consentement, par voie électronique.

⁸ OCEI-PCPP; RS 272.1.

⁹ MARIOT (no 2). A ce titre on consultera également <https://www.justitia40.ch/fr/> et <https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/gericht-elektronischer-verkehr-1.html> (tous deux consultés le 9.4.2021). Pour davantage de renseignements voir: FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, E-Procès civil en Suisse, Revue de droit suisse (RDS), Vol. 139, 2020, p. 206 ss.

sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ)¹⁰. La procédure de consultation a pris fin le 26 février 2021¹¹.

Cette loi a pour but de créer les bases nécessaires à la mise en place effective d'une plateforme de communication centralisée et sécurisée entre les parties à la procédure, respectivement leur représentant, les autorités et les tribunaux. La Confédération et les cantons exploiteront – institueront et financeront – cette plateforme de manière conjointe suite à la création d'une corporation de droit public. L'objectif est de raccourcir le temps des procédures et de simplifier les échanges. Afin de le permettre pour un maximum de procédure, les professionnels seront obligés de recourir à cette plateforme¹².

2. Vidéoconférence

a. Notion

La vidéoconférence, soit la transmission simultanée du son et de l'image aux seuls intervenants de la procédure, avec ou sans enregistrement¹³, permet la dématérialisation des audiences.

En Suisse, la possibilité de recourir à un système de vidéoconférence est apparue en premier lieu dans le cadre de la procédure pénale dès 2011¹⁴. Pour l'heure, ni le Code de procédure civile ni la Loi sur le Tribunal fédéral ne prévoient en revanche la possibilité de recourir à ce procédé.

Seule l'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural (Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), confirmée par la Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19, permet le recours à la vidéoconférence dans le cadre de procédures civiles, dans des cas spécifiques et à certaines conditions¹⁵. Il s'agit d'une ordonnance ainsi que d'une loi qui n'ont pas vocation à s'appliquer de manière pérenne, raison

10 A ce titre on consultera le communiqué du 11 novembre 2020 du Conseil Fédéral sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire, (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-81072.html>) (consulté le 9.4.2021). Voir également: MARIOT (no 2).

11 A ce titre on consultera (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-81072.html>) (consulté le 9.4.2021).

12 *Ibid.*

13 D'autres définitions peuvent être données au terme de vidéoconférence, pour des développements, voir FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, *Revue suisse de procédure civile (RSPC)*, 2/2020, p. 181. Voir également: MARIOT (no 2).

14 Art. 144 CPP.

15 MARIOT (no 2). Pour davantage d'informations sur cette ordonnance, le lecteur est renvoyé à FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, COVID-19 et oralité en procédure civile: Approche critique de l'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural, (*Richterzeitung.weblaw.ch*, 2020, p. 4-21).

pour laquelle nous n'allons pas les examiner plus en détail¹⁶. Par ailleurs, un référendum a été déposé contre cette loi. Le peuple suisse sera invité à voter sur cet objet le 13 juin 2021¹⁷.

Bien que le recours à la vidéoconférence ne soit, pour l'heure du moins, pas expressément prévu par le CPC, se pose la question de savoir si un tribunal ne pourrait pas tout de même recourir à ce procédé lorsque les parties y consentent, voire le leur imposer. En d'autres termes, il convient de déterminer si les audiences doivent impérativement se tenir en présentiel ou s'il est possible, voire opportun, d'utiliser cette technologie.

Selon le Tribunal fédéral, un juge ne peut pas imposer la tenue d'une audience de débats principaux par vidéoconférence aux parties, faute de base légale. Ni le recours au droit prétorien (comblement d'une lacune) et au pouvoir discrétionnaire du juge sur la conduite du procès selon l'art. 124 CPC, ni une anticipation de ce qui est applicable selon l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural ou le projet de modification du CPC, ne permettent de pallier cette absence de base légale. Seul le législateur le peut¹⁸. Selon nous, la solution est identique en cas de consentement des parties¹⁹.

Actuellement, en application de l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, il est possible de déroger à l'art. 54 CPC et les audiences peuvent être tenues par vidéoconférence si (i) les parties y consentent, (ii) une partie ou son représentant le demande et rend vraisemblable qu'il ou elle appartient à l'une des catégories de personnes vulnérables au coronavirus, à moins que de justes motifs ne s'opposent à la tenue de l'audience par vidéoconférence, (iii) un membre du tribunal appartient à l'une des catégories de personnes vulnérables au coronavirus, à moins que de justes motifs ne s'opposent à la tenue de l'audience par vidéoconférence, (iv) il y a une urgence particulière. L'Ordonnance susmentionnée contient par ailleurs des règles relatives à l'audition de témoins et la présentation de rapports d'experts par vidéoconférence (art. 1 al. 2), au recours à la téléconférence ou la vidéoconférence dans les procédures relevant du droit matrimonial (art. 3) et aux principes régissant le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence (art. 4) ainsi que les mesures particulières applicables aux procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte (art. 6). La durée de validité de cette Ordonnance a été prolongée jusqu'au 31 décembre 2021 (art. 10).

16 Pour davantage d'informations sur cette ordonnance le lecteur est renvoyé à BOHNET/MARIOT (no 15), p. 4-21.

17 A ce titre on consultera (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-82564.html>) (consulté le 9.4.2021).

18 ATF 140 III 159.

19 MARIOT, note in: RSPC, 2020, p. 425 s.; *contra*: SAMUEL TURTSCHI, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_180/2020 vom 6. Juli 2020, C. AG gegen A., Hauptverhandlung, Videokonferenz, Dike Verlag AG, 2021.

b. Perspectives

L'introduction au sein du CPC de dispositions permettant le recours à la vidéoconférence est prévue par le Conseil fédéral dans son Message du 26 février 2020 relatif à la modification dudit code (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit). Ce projet de modification porte sur l'introduction d'un nouvel art. 170a et la modification des art. 187 et 193 CPC, dans le but de permettre l'audition des témoins, des experts et des parties par ce procédé, sans toutefois traiter cette problématique de manière exhaustive, laissant ainsi un certain nombre de questions sans réponse²⁰. Le projet de révision du CPC envisage avant tout la vidéoconférence dans le cadre de demandes d'entraide judiciaire internationale en matière civile. Selon le Conseil fédéral, ce projet a pour dessein de «faire de la Suisse un haut lieu de la justice internationale»²¹.

Au-delà du principe de la vidéoconférence, il aurait été judicieux que le projet de modification du CPC prévoie également les conditions auxquelles la vidéoconférence peut être requise ou imposée. Les modalités pratiques pourraient, quant à elles, être prévues au sein d'une ordonnance. Un Etat de droit tel que la Suisse requiert une réglementation précise et uniforme au niveau national afin d'assurer le respect des garanties de procédure²².

III. Procédure automatisée

1. Notion

Le terme «automatisation» signifie: «[e]xécution totale ou partielle de tâches techniques par des machines fonctionnant sans intervention humaine»²³.

L'automatisation de procédures judiciaires ou de certaines phases de celles-ci nécessite ainsi de recourir à une machine. En l'espèce, il s'agit d'un ordinateur accompagné de ses outils informatiques, dont l'algorithme, afin de permettre le passage d'une étape à une autre de la procédure concernée sans l'intervention d'un juge humain²⁴. Selon GILLESPIE, les algorithmes sont définis de la manière suivante: «les algorithmes ne sont pas nécessairement des logiciels: au sens le plus large, il s'agit de procédures codées qui permettent de transformer des données d'entrée en un produit souhaité, à partir de calculs spécifiés. Les procédures désignent à la fois le problème et la démarche qui devrait être suivie pour le résoudre»²⁵ (trad. du

Conseil de l'Europe²⁶). En termes simples, un algorithme est une recette de cuisine, soit une suite de règles qui mènent à un résultat²⁷. L'algorithme fonctionne ainsi sur le modèle «si ... alors ...»²⁸.

Partant, pour qu'une procédure puisse être partiellement ou entièrement automatisée à l'aide des algorithmes, elle doit répondre à des règles formelles dénuées de marge d'appréciation, afin qu'elle soit modélisable sur le canevas susmentionné.

Chronologiquement, cette automatisation intervient donc après l'avènement de l'informatique. Elle peut, en revanche, être mise en place avant la communication électronique ou le dossier électronique. Le simple fait que les informations nécessaires à l'automatisation soient entrées sur un serveur accessible par les tribunaux est suffisant.

En droit suisse, il n'existe pas encore de définition générale relative à la prise de décision automatisée²⁹.

Le Conseil fédéral a récemment proposé une définition de la notion de «décision individuelle automatisée» en lien avec la loi sur la protection des données et plus précisément avec le projet de révision de cette loi³⁰. Selon le Message, il s'agit d'«une décision [...] prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé. Cela implique en tout cas qu'il n'y ait eu aucune décision prise par une personne physique sur la base de sa propre évaluation de la situation. Il y a décision individuelle automatisée lorsqu'une exploitation de données a lieu sans intervention humaine et qu'il en résulte une décision, ou un jugement, à l'égard de la personne concernée»³¹. Lorsqu'un outil d'aide à la décision est utilisé et qu'une intervention humaine permet d'influencer le processus décisionnel, la

20 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. Pour davantage de renseignements sur ce projet de modification, voir: BOHNET/MARIOT (no 15), p. 179–194.

21 Message modification CPC (no 20), p. 2658.

22 BOHNET/MARIOT (no 15), p. 193.

23 Le Petit Larousse illustré 2021, Paris 2020, p. 118.

24 TARLETON GILLESPIE, The Relevance of Algorithms, in: Media technologies: Essays on communication, materiality, and society, 2014, p. 167. Comp. NADJA BRAUN BINDER, Automatisierte Entscheidungen: Perspektivische Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA), Zurich 2020, vol. 1, p. 29.

25 GILLESPIE (no 24), p. 167.

26 CONSEIL DE L'EUROPE, Algorithmes et droits humains: étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données (en particulier les algorithmes) et éventuelles implications réglementaires, DG1(2017), 12 mars 2018, disponible sur <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-fr/1680795681> (consulté le 9.4.2021), p. 6.

27 ADRIAN VAN DEN BRANDEN, Les robots à l'assaut de la justice: l'intelligence artificielle au service des justiciables, Bruxelles 2019, p. 6; YANNICK MENECEUR, L'intelligence artificielle en procès: Plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne, Bruxelles 2020, p. 56.

28 SCARLETT-MAY FERRIÉ, Les algorithmes à l'épreuve du droit à un procès équitable, in: La semaine juridique, n° 11 du 12 mars 2018, p. 498.

29 Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565 p. 6674 s.; CLARA-ANN GORDON/TANJA LUTZ, Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2020, p. 54 et n. 4.

30 La première fois que s'est posé la question de l'automatisation des décisions a eu lieu en 2003 lors de la première révision de la LPD. Aucune nouvelle disposition relative à cette question n'avait toutefois été insérée (Avant-projet et rapport explicatif relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données FF 2003 1915 (1930)). Cette révision de la loi sur la protection des données a été initiée suite à deux interventions parlementaires, à savoir la motion 98.3529 du 17 novembre 1998 (Liaisons «on line»). Renforcer la protection pour les données personnelles et la motion 00.3000 du 28 janvier 2000 (Renforcement de la transparence lors de la collecte des données personnelles).

31 Message révision totale LPD (no 29), p. 6674.

décision prise n'est alors pas automatisée au sens de la définition susmentionnée et sort ainsi du champ d'application de la nouvelle LPD³².

L'Assemblée fédérale a adopté cette loi le 25 septembre 2020³³. Aucun référendum n'a été déposé dans le délai imparti. Il revient désormais au Conseil fédéral de fixer l'entrée en vigueur de la nouvelle LPD.

Ces éléments permettent de fixer les jalons de la définition. Partant, nous soutenons que, lorsqu'une intervention humaine permet une évaluation de la situation, la décision qui est prise n'est pas automatisée. En d'autres termes, pour qu'une décision soit automatisée, tant (i) l'appréciation de la situation de fait que (ii) la décision fondée sur cette appréciation de fait (ii) doivent être effectuées et prises sans intervention humaine³⁴.

L'automatisation ne semble *a priori* pas encore toucher la procédure civile, contrairement à ce qu'il existe dans le domaine administratif³⁵ ou même pénal³⁶.

2. Perspectives

La prise de décision peut être automatisée, notamment lorsque les procédures «*sui-vent un schéma identique*»³⁷. BOHNET soutient à ce titre que cela pourrait concerner la contestation des hausses de loyer. Il est également envisageable de prévoir, pour certaines procédures du moins, une sorte de questionnaire que le justiciable ou son représentant pourrait remplir en ligne afin de fournir les informations nécessaires à la prise d'une décision, comme par exemple pour le calcul d'une contribution d'entretien en cas de séparation³⁸.

Une réduction des notions juridiques indéterminées contenues dans les règles juridiques ainsi qu'une construction plus logique, complète et cohérente des lois permettraient une modélisation de celles-ci, du moins d'une partie d'entre elles, dans le but d'en automatiser l'application.

32 D'avis plus nuancé, FLORENT THOUVENIN, ALFRED FRÜH, TERESA RUDOLPH, SIMON HENSELER, EMRE BAYAMIOGLU, NADJA BRAUN BINDER, CHRISTIAN KATZENBACH, JOSHUA KROLL, MOMIN MALIK, MATTHIAS SPIELKAMP, soutiennent que la terminologie utilisée dans le P-LPD est insuffisamment claire et qu'elle ne permet pas de délimiter avec précision le champ d'application de l'art. 19 P-LPD (Towards principled regulation of automated decision-making (adm) – A work-shop report, 2019 Zürich, disponible sur <https://www.itsl.uzh.ch/dam/jcr:edba006c-8452-4ffc-bbb0-fd8fde62d114/Workshop%20Report%20Lavin.pdf> [consulté le 9.4.2021], p. 1 § 1.60).

33 Loi du 25 septembre 2020 fédérale sur la protection des données (LPD), FF 2020 7397 p. 7397 ss.

34 Message révision totale LPD (no 29), p. 6674. Voir également BRAUN BINDER (no 24), p. 29.

35 NADJA BRAUN BINDER, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall ...: Dys-topie oder künftiger Verwaltungsalltag?, RDS I 2020, p. 253 ss.

36 NADJA BRAUN BINDER, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 115/209, p. 467 ss.

37 FRANÇOIS BOHNET, Pour un procès civil adapté au numérique, in: UniNews 51: Nos vies numériques, janvier 2019.

38 *Ibid.*

Pour que les lois remplissent ces conditions, elles devraient parfois être réécrites³⁹. Déjà en 1975, STEINAUER faisait le même constat et relevait qu'il était nécessaire que le législateur y soit sensibilisé. Ceci permettrait que ce dernier soit particulièrement attentif à la forme de la loi et à la logique de sa structure, afin de pouvoir réduire le nombre de termes faisant référence à des notions juridiques indéterminées⁴⁰.

Il serait alors possible, au lieu d'écrire les lois dans un langage naturel, de les coder informatiquement pour faciliter leur lecture subséquente par une machine⁴¹. Cette piste de réflexion peut toutefois être contestée en raison de l'anéantissement du pouvoir décisionnel et de l'indépendance de la justice. Il conviendrait alors de procéder à une pesée des intérêts entre une application stricte des normes dénuées de notions juridiques indéterminées et le pouvoir d'appréciation des juges, afin de trouver une solution acceptable.

IV. Justice prédictive

1. Notion

L'origine de la dénomination de «justice prédictive» est discutée. Selon BENSOUSSAN A., BENSOUSSAN J. et MARIN, il s'agit d'une traduction du terme anglais «*to predict*»⁴², tandis que le Conseil de l'Europe considère qu'elle provient du terme utilisé dans les sciences «dures»⁴³.

En français, le terme de justice «prédictive» n'est pas correct d'un point de vue linguistique⁴⁴; il s'agit d'un abus de langage⁴⁵. Le terme «*to predict*» peut être traduit d'une part par prédire, mais également par prévoir⁴⁶. Selon l'étymologie du mot prédire, *prae* signifie «avant» et *dictare* «dire», ainsi il s'agit de dire par avance. Il y a dans la prédiction une notion d'élément surnaturel, de prophétique⁴⁷. Or le système

39 ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'impact de l'intelligence artificielle sur l'écriture des lois: du code de lois à la loi encodée, LeGes 30 (2019) 3, Nr. 7. Même si cette idée est tournée vers le futur, il pourrait toutefois également s'agir d'un retour en arrière, car la procédure civile ordinaire neuchâteloise de droit coutumier était d'ores et déjà construite sur un modèle mathématique d'une grande logique. Le désavantage majeur ayant cependant été constaté est que ce modèle s'est révélé être d'une grande complexité (François Bohnet [éd.], Procédure civile coutumière neuchâteloise, Bâle/Neuchâtel 2020, p. 7).

40 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, p. 250.

41 FLÜCKIGER (no 39).

42 ALAIN BENSOUSSAN, JÉRÉMY BENSOUSSAN, IA, robots et droit, Bruxelles 2019, p. 348 N 1625; JEAN-CLAUDE MARIN, Introduction, in: Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (dir.), La justice prédictive, Paris 2018, p. 20.

43 CONSEIL DE L'EUROPE, Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires, CEPEJ (2018)14, 3 décembre 2018, p. 32 N 60.

44 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, p. 25.

45 CONSEIL DE L'EUROPE (no 43), p. 32 N 60.

46 MARIN (no 42), p. 20.

47 *Ibid.*

dit de justice prédictive repose sur une intelligence artificielle qui réalise des calculs basés sur des statistiques d'évènements passés, afin de produire des probabilités du futur⁴⁸. Ceci fait davantage référence à la prévision qui vient du terme *prae* qui signifie «avant» et *visere* «voir». La prévision est ainsi une observation «d'un ensemble de données afin d'envisager une situation future»⁴⁹. Il s'agit dès lors davantage d'une justice prévisible ou même probabiliste que prédictive⁵⁰. Malgré tout, nous emploierons le terme de justice prédictive, car il s'agit de celui habituellement utilisé.

La justice prédictive est définie par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice comme étant «l'analyse de grandes masses de décisions de justice par des technologies d'intelligence artificielle afin de construire, pour certains types de contentieux spécialisés, des prévisions sur l'issue des litiges (montant des indemnités de licenciement ou de la pension alimentaire par exemple)»⁵¹. La Commission précise encore que: «Le terme «prédictif» utilisé par les legaltechs provient des sciences (essentiellement statistiques) qui permettent de «prédire» des résultats futurs par une analyse inductive. Un traitement est fait à partir de l'analyse des décisions judiciaires qui vise à identifier des corrélations entre des données en entrée (les critères de la loi, les faits de l'affaire, la motivation) et des données en sortie (dispositif du jugement tel que le montant d'une indemnité). Les corrélations jugées comme pertinentes permettent de bâtir des modèles qui, utilisés avec de nouvelles données d'entrée (nouveaux faits ou précisions nouvelles en paramètre, telles que par exemple la durée d'une relation contractuelle), produisent selon leurs concepteurs une prévision de décision (fourchette d'indemnisation par exemple)»⁵². Cette définition fait appel à celle de l'intelligence artificielle, dont il n'existe toutefois pas de définition unique⁵³. A ce titre, le groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» au Conseil fédéral mentionne dans son Rapport intitulé «Défis de l'intelligence artificielle» publié en 2019, que l'intelligence artificielle peut être caractérisée – à défaut de définition – «par divers éléments structurels liés à l'utilisation des applications actuelles des systèmes d'IA. [...] Les systèmes d'IA sont ainsi capables:

(1) d'analyser des données sous une forme que ne permettraient pas d'autres technologies dans leur état actuel en termes de complexité et de volume, notam-

48 THOMAS CASSUTO, La justice à l'épreuve de sa prédictibilité, in: Grand angle: le meilleur des revues Dalloz sur l'intelligence artificielle, Paris 2019, p. 113; MARIE DANIS, Legaltech et justice prédictive, in: André-Paul Bahuon et Jean-Jacques Pluchart (dir.), Le financier, le juriste et le geek: Les défis des métiers du conseil, du chiffre et du droit, Paris 2018, p. 190; MARIN (no 42), p. 22.

49 YANNICK MENECEUR, Quel avenir pour la justice prédictive? – Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice, in: La Semaine Juridique Edition Générale n. 7, 12 février 2018, p. 63.

50 BENSOUSSAN A./BENSOUSSAN J. (no 42), p. 348 N 1625; DANIS (no 48), p. 189; LOUVARIS (no 44), p. 25.

51 CONSEIL DE L'EUROPE (no 43), p. 76.

52 *Id.*, p. 77.

53 BRAUN BINDER (no 36), p. 468; MENECEUR (no 27), p. 12. Pour une présentation des différentes définitions qui existent, le lecteur est renvoyé à MENECEUR (no 27), p. 14 ss.

ment avec des algorithmes identifiant de manière autonome, par apprentissage, des caractéristiques statistiques pertinentes dans les données;

(2) de faire des prédictions servant de base essentielle à des décisions (notamment décisions automatisées);

(3) de reproduire des aptitudes mises en relation avec la cognition et l'intelligence humaines;

(4) d'agir de manière largement autonome sur cette base»⁵⁴.

En l'absence de définition propre à l'intelligence artificielle, on peut considérer que l'apprentissage autonome des machines (*machine learning*) et l'apprentissage profond (*deep learning*) sont des procédés faisant appel à ce concept⁵⁵.

La justice prédictive intervient forcément après la dématérialisation de la procédure et contient des éléments d'automatisation. Ainsi, la justice prédictive est forcément automatisée. Le contraire n'est, en revanche, pas exact, car une justice prédictive, en plus du recours aux algorithmes (non-autoapprenants), use de l'intelligence artificielle (qui, elle, fonctionne avec des algorithmes autoapprenants/intelligents). Un outil de justice prédictive peut être utilisé par les autorités judiciaires soit pour aider le magistrat à prendre une décision en effectuant des recherches juridiques ou en anticipant les chances de succès d'une procédure, soit en rendant directement une décision (prise de décision qui peut alors être automatisée)⁵⁶. Il peut également être utilisé par un avocat, un juriste ou un justiciable afin d'anticiper les chances de succès d'une procédure ou d'un argumentaire⁵⁷.

Pour fonctionner, l'intelligence artificielle a besoin d'un corpus de données appelé *big data*. Celui-ci est le préalable indispensable aux développements des *legaltechs*⁵⁸.

En Suisse, l'intelligence artificielle est utilisée dans le domaine 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 marketing⁵⁹.

Selon le rapport intitulé «Défis de l'intelligence artificielle» du groupe de travail interdépartemental susmentionné «l'IA est actuellement peu utilisée pour prédire les décisions de justice, mais le sera beaucoup plus dans un avenir proche»⁶⁰.

54 Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» au Conseil fédéral: Défis de l'intelligence artificielle, Berne 2019, p. 7.

55 BRAUN BINDER (no 36), p. 468.

56 Comp. FERRIÉ (no 28), p. 499; LOUVARIS (no 44), p. 25; Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» (no 54), p. 99.

57 LOUVARIS (no 44), p. 25.

58 DANIS (no 48), p. 182.

59 Rapport du groupe de travail interdépartemental «Intelligence artificielle» (no 54), p. 47 ss.

60 *Id.*, p. 99.

2. Perspectives

La nouvelle LPD concerne également le recours potentiel à une intelligence artificielle⁶¹. Il conviendra par conséquent de suivre l'application concrète de cette loi. Le Projet *Justitia 4.0* n'envisage en revanche pas encore le recours à l'intelligence artificielle⁶².

L'éventuel futur recours à une intelligence artificielle en qualité d'aide à la décision ou comme outil de prise de décision en procédure civile, n'est encore qu'un fantasme pour certains et une utopie pour d'autres. Si ce projet devait un jour se réaliser, il conviendrait dès lors de faire preuve d'une extrême prudence, en raison des données sensibles qui seront alors traitées par cet outil⁶³.

V. Conclusion

Le domaine judiciaire évolue sans nul doute plus lentement que les autres domaines, tels que la médecine ou la finance. Il serait toutefois naïf de penser que les nouvelles technologies vont s'arrêter devant les portes des tribunaux. Il est dès lors nécessaire d'anticiper les évolutions possibles et même probables, en identifiant ce qui se cache derrière les termes de procédure dématérialisée, automatisée et prédictive, afin de ne pas subir ses changements en se laissant surprendre par des outils non maîtrisés. A ce stade, en procédure civile suisse, seule la dématérialisation de la procédure est à l'ordre du jour.

Nous proposons de retenir les définitions suivantes:

Procédure dématérialisée: Procédure se déroulant sur un support informatique et/ou télévisuel.

Procédure automatisée: Procédure régie entièrement ou partiellement par des algorithmes permettant le passage d'une étape à une autre sans intervention humaine.

Justice prédictive: Justice faisant appel à une intelligence artificielle qui réalise des calculs basés sur des statistiques d'évènements passés, afin de produire des probabilités du futur.

Peu importe l'évolution vers laquelle la législation suisse se dirigera, le respect des règles de procédure et des droits fondamentaux devra toujours primer, afin de garantir le bon fonctionnement de la justice indispensable à tout Etat de droit.

61 *Id.*, p. 100.

62 *Ibid.*

63 Pour davantage de renseignements sur l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine judiciaire, les capacités de celle-ci ainsi que sur les risques liés à son utilisation, voir BOHNET/MARIOT (no 9), p. 213 ss.