

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à : veronique.aguet@vd.ch

Direction générale des affaires institutionnelles et des communes

Madame Véronique Aguet
Conseillère juridique
Place du Château 1
1014 Lausanne

Lausanne, 14 janvier 2021

Mise en consultation du projet de loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire

Madame la Conseillère juridique,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) et dans le délai prolongé pour ce faire, je reviens ici sur votre correspondance du 23 novembre 2020 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet de loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire.

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de Modernisation de l'OAV, sous l'égide de sa Présidente Me Juliette Ancelle.

* * *

I. Introduction

La présente prise de position porte sur l'avant-projet de Loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire.

Cet avant-projet fait suite à la décision prise, en novembre 2016 lors de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CDDJP), de créer les bases légales nécessaires à l'instauration obligatoire de la cyberjustice dans le domaine des tribunaux. Cette décision s'inscrivait elle-même dans un contexte favorisant la dématérialisation des procédures judiciaires.

Une telle dématérialisation portant sur de multiples aspects, il convient de préciser que cet avant-projet porte uniquement sur la problématique de la communication entre multiples acteurs de la procédure (autorités, justiciables, avocats, etc.).

II. Remarques générales

A titre liminaire, l'OAV salue le projet et accueille favorablement ce projet de digitalisation des communications dans le cadre de procédures judiciaires. S'inscrivant dans un objectif de facilitation d'accès au droit pour tous, et non pas seulement les professionnels du droit et de la justice, ce projet doit permettre de bénéficier des avancées technologiques pour faciliter les échanges de documents (envoi et réception) ainsi que l'accès au dossier, encore trop souvent limité par des contraintes logistiques et matérielles (prise de rendez-vous nécessaire, dossier chez le juge, etc.).

Dans le cadre du processus de consultation en cours, l'OAV souhaite toutefois relever certains éléments susceptibles d'être incomplets ou insuffisants dans cette perspective de communication et d'accès facilités, en premier lieu sous forme de remarques générales puis de commentaires portant sur certaines dispositions spécifiques. Les dispositions qui ne sont pas mentionnées dans la présente prise de position n'appellent pas de commentaires particuliers de l'avis de la Commission.

(A) Format des documents, en particulier des moyens de preuve

En l'état, l'AP-LPCJ ne limite pas expressément le format dans lequel les documents pourront être téléchargés et donc communiqués par le biais de la plateforme. Plusieurs propositions de modifications des actes législatifs de procédure (article 21a al. 2 PA, art. 34 al.1bis PA, art. 128e CPC ou encore art. 103e CPP) prévoient toutefois que le format des documents pouvant être transmis au moyen de la plateforme sera défini par le Conseil fédéral.

Or, s'il est compréhensible qu'une telle plateforme ne pourra pas nécessairement permettre le téléchargement de tous types de fichiers électroniques, une restriction légale risque de porter atteinte au principe de libre appréciation des preuves et au droit d'être entendu des parties. En effet, dans un environnement toujours plus digital, de plus en plus de documents destinés à être produits dans le cadre de procédures ne seront pas des numérisations de documents préexistants sous format papier mais bien des fichiers existant dès l'origine sous format électronique. Or, de multiples formats existent déjà aujourd'hui, certains étant créés dans le cadre d'outils *open source* ou sous des formats rares, et si des restrictions techniques devaient être imposées, cela nécessiterait d'éventuelles opérations de conversion dans des formats compatibles avec la plateforme – opérations qui devront sans doute être réalisées par les avocats – au risque de perte de certaines propriétés du document d'origine pourtant importantes dans le processus d'évaluation de sa force probante (horodatage, auteur, absence de modification, etc.). Dans ce contexte, il semble donc opportun d'intégrer dans ce projet une garantie pour les utilisateurs de la plateforme de l'absence de restrictions de format, ou à tout le moins une garantie de moyens alternatifs de faire examiner le document d'origine, afin de permettre une évaluation appropriée et complète des moyens de preuves soumis (intervention d'un expert, outils de dépôt complémentaires, etc.).

(B) Services de support et formation

En l'état, l'AP-LPCJ prévoit la constitution d'une corporation pour l'institution et l'exploitation de la plateforme d'e-communication (art. 3 AP-LPCJ). Le projet ne précise toutefois pas si cette exploitation

comprendra notamment la fourniture de services de support technique pour les utilisateurs, qu'il s'agisse des autorités, de justiciables ou d'avocats.

En pratique, il est inévitable qu'une telle plateforme connaisse des bugs techniques, certaines périodes d'inaccessibilités, mais aussi qu'elle nécessite le soutien de professionnels pour guider l'utilisateur dans son recours à l'outil. Au vu de l'importance qu'elle revêtira pour les avocats, qui se verront dans l'obligation d'utiliser la plateforme pour leurs communications avec les autorités, il est essentiel que ces derniers puissent avoir recours à un service de support technique, accessible de manière extensive pour tenir compte des contraintes temporelles auxquelles les avocats sont souvent confrontés (dépôts à des heures tardives afin d'assurer le respect d'un délai). Il serait dès lors opportun d'inclure dans la mission d'exploitation de cette plateforme, l'obligation pour la corporation de fournir des services de support à l'attention des utilisateurs, accompagnés éventuellement de la fourniture de formations accessibles à ceux qui le souhaitent. Il est en effet essentiel que le recours à cette plateforme, qui vise à faciliter les communications, réduire les délais de traitement et d'échanges, et améliorer l'accès au droit, ne finisse pas par rendre l'exercice de la profession d'avocat plus complexe et moins efficace en raison de complexités techniques face auxquelles les utilisateurs ne seraient pas armés.

(C) Conservation et archivage

Aujourd'hui, les décisions judiciaires peuvent être conservées sans limite temporelle en format papier, en conformité avec une politique d'archivage et de conservation appropriée. Or, il est regrettable de constater que l'AP-LPCJ ne prévoit pas d'obligation ou de cadre pour une telle politique de conservation et d'archivage des décisions qui seront rendues et communiquées au moyen de la plateforme. En effet, l'obsolescence technologique rapide est un phénomène désormais connu, et il paraît essentiel pour des questions de sécurité du droit de pouvoir assurer une conservation sur la durée des décisions rendues par les autorités judiciaires, qui doivent rester consultables de nombreuses années après avoir été rendues. La corporation chargée de l'exploitation de la plateforme devrait se voir imposer la mise en place d'un processus d'archivage et de conversion régulière dans des formats digitaux à jour et consultables, afin de réduire les risques liés à une telle obsolescence.

III. Commentaires de dispositions

Ad. Article 5

Texte de l'AP – LPCJ :

« ¹ Outre la plateforme de cyberjustice, la corporation peut fournir d'autres prestations pour la communication électronique dans le domaine judiciaire, notamment pour la réalisation de vidéoconférences et de téléconférences conformément au droit procédural applicable ».

Comme cela a été relevé sous nos remarques générales (II.B ci-dessus), un élément absent de cet avant-projet consiste en l'absence d'obligation pour la corporation de fournir des services de support pour les

utilisateurs, ni-même de services de formations à l'utilisation de la plateforme. Or, de tels prestations semblent prioritaires s'agissant des services de vidéoconférence ou téléconférence.

Ad. Article 18

Texte de l'AP – LPCJ :

« ¹ La plateforme de cyberjustice comporte une interface utilisateur accessible et utilisable au moyen des technologies courantes. ² Elle comporte également une interface permettant aux utilisateurs d'accéder à la plateforme par des applications spécialisées. ³ Le DFJP définit les exigences techniques que doit remplir l'interface vers des applications spécialisées ».

Cette disposition prévoit que l'interface utilisateur de la plateforme sera accessible et utilisable au moyen de technologies courantes.

S'il semble important de conserver la liberté de tenir compte des évolutions technologiques futures en ne précisant pas explicitement sur quelle technologie la future plateforme reposera, la notion de « technologie courante » est toutefois particulièrement vague et susceptible de laisser à la corporation une marge de manœuvre très large dans la définition d'une telle technologie. Or, il existe aujourd'hui une grande disparité entre les outils technologiques utilisés par les avocats, pour des motifs économiques mais aussi de connaissances techniques des utilisateurs. En faisant référence à la simple notion de « technologies courantes », il est à craindre que la corporation choisisse de développer un outil faisant appel à des technologies sophistiquées, certes répandues mais aussi difficilement accessibles (coût, complexité, interopérabilité avec d'autres outils, etc.). Afin de limiter ce risque, il pourrait être utile de préciser que la plateforme devra se fonder non seulement sur une technologie courante mais aussi facilement accessible.

Ad Article 24

Texte de l'AP – LPCJ :

« ¹ Chaque utilisateur de la plateforme de cyberjustice peut créer des groupes d'utilisateurs. ² Chaque groupe doit compter au moins un administrateur. ³ Un administrateur peut ajouter des utilisateurs au groupe ou en retirer. ⁴ Il peut définir si le membre d'un groupe : a. est aussi un administrateur de ce groupe; b. peut consulter des documents en son nom uniquement ou également au nom d'autres utilisateurs; c. peut transmettre des documents à la plateforme en son nom uniquement ou également au nom d'autres utilisateurs. ⁵ Les utilisateurs peuvent refuser d'être membres d'un groupe et de recevoir les droits que leur attribue un administrateur sur la base de l'al. 4. »

Cette disposition porte sur la possibilité de créer des groupes d'utilisateurs sur la plateforme et sur la gestion des droits et des accès des utilisateurs de tels groupes. La possibilité de création de tels groupes est à saluer, et tient compte du fait que les avocats travaillent souvent en équipe.

Nonobstant ce qui précède, le texte de l'avant-projet ne permet pas de déterminer avec clarté dans quelle mesure ces groupes seront liés à des dossiers ou à des profils d'utilisateurs. A ce sujet, il semble essentiel

de permettre à chaque avocat utilisateur de définir de tels groupes par dossier uniquement, afin d'assurer dans chaque cas le maintien du secret professionnel, mais aussi la réduction des risques de conflits d'intérêts par la mise en place de règles de gestion d'accès strictes (*chinese walls*). Par ailleurs, les autorités n'ont pas accès aujourd'hui aux informations relatives à l'organisation interne des avocats s'agissant du traitement d'un dossier. Une telle répartition peut revêtir des considérations stratégiques que les autorités n'ont pas à connaître (appel aux compétences d'un autre avocat de l'étude en raison de ses connaissances d'un certain domaine, etc.). Or l'avant-projet ne précise pas dans quelle mesure les autorités auront accès aux informations du groupe d'utilisateurs et aux modalités d'organisation au sein du groupe, et il semble important de prévoir que l'accès aux informations relatives à l'organisation au sein du groupe (rôle d'admin, droit d'accès, droit de modification, etc.) ne devrait pas être permis pour les autorités judiciaires et autres parties à la procédure concernée.

Ad Article 25

Texte de l'AP – LPCJ :

« ¹ Si la plateforme de cyberjustice n'est pas accessible le jour de l'échéance, le délai se prolonge jusqu'au jour suivant celui où la plateforme devient à nouveau accessible. ² Si ce jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou cantonal, le délai expire le premier jour ouvrable qui suit. Le droit du canton où l'autorité qui dirige la procédure a son siège est déterminant. ³ L'utilisateur doit rendre vraisemblable le fait que la plateforme n'était pas accessible. »

Cette disposition, qui vise à adresser le risque d'indisponibilité de la plateforme, est malheureusement insatisfaisante à deux égards.

En premier lieu, l'alinéa 1 prévoit que si la plateforme n'est pas accessible le jour de l'échéance, le délai se prolonge jusqu'au jour suivant celui en date duquel la plateforme est de nouveau accessible. Or, il n'est pas précisé ici s'il est fait référence à des délais légaux ou judiciaires, y compris des délais de prescription ou de péremption. En l'absence d'une telle précision, le risque existe que seuls les délais judiciaires se trouvent prolongés, à l'exclusion des délais légaux de prescription ou de péremption, mettant le mandataire professionnel dans l'impossibilité de respecter le délai concerné en l'absence d'alternative de dépôt. En second lieu, la notion d'accessibilité de la plateforme n'est pas définie, rendant difficile de déterminer dans quelle mesure celle-ci est ou non accessible le jour du délai (par exemple, est-ce qu'une coupure de connexion internet dans les locaux de l'avocat le jour du délai devrait être considérée comme un cas d'inaccessibilité ou bien appartient-il à l'avocat de trouver une solution alternative ?), et la date à laquelle ladite plateforme est de nouveau disponible.

A notre sens, le projet devrait prévoir qu'en cas d'indisponibilité, une soumission des documents sous format papier devrait toujours être permise, afin de sauvegarder les droits des parties. A ce sujet, rien n'empêcherait dans un tel cas que l'autorité numérise les documents en question et les télécharge sur la plateforme ultérieurement, comme elle le ferait déjà pour les justiciables non-représentés. Cela permettrait également de pallier les incertitudes quant à la question des modalités de preuve de l'indisponibilité (doit-il s'agir d'une indisponibilité personnelle ou générale de la plateforme, de quel type d'indisponibilité doit-il s'agir, etc.). A ce sujet, la mise en place d'un système de support obligatoire permettrait de faciliter la

preuve de l'indisponibilité, l'utilisateur devant pouvoir établir qu'il a pris contact avec un tel service de support des suites de l'indisponibilité, qui pourra émettre une confirmation à cet effet. De même, une telle alternative limiterait les insécurités juridiques quant à la date à laquelle la plateforme serait de nouveau disponible. En effet, face à une indisponibilité, il n'est pas garanti que l'avocat tente d'accéder à la plateforme à intervalles courts et réguliers (par ex. toutes les heures) et il n'est dès lors pas garanti d'être immédiatement informé d'une disponibilité retrouvée, créant dès lors une incertitude quant au calcul du report du délai.

Ad Article 26

Texte de l'AP – LPCJ :

« ¹ Les données de la plateforme de cyberjustice sont conservées et traitées en Suisse et en application du droit suisse. Les tiers qui obtiennent un accès aux données doivent être soumis au droit suisse et avoir leur siège ou leur domicile en Suisse. ² La corporation peut traiter des données personnelles, y compris des données sensibles et des profils de la personnalité, dans la mesure où l'accomplissement de ses tâches au sens de la présente loi l'exige. Tout traitement à d'autres fins est interdit. ³ Les dispositions relatives à la protection des données de la loi de procédure applicable sont réservées. ⁴ Le droit de consulter les dossiers et le droit d'accès dans le cadre d'une procédure pendante sont régis par la loi de procédure applicable ; à la clôture de la procédure, ils sont régis par le droit de l'autorité qui a traité l'affaire en dernier lieu. ⁵ Si le traitement des données n'est pas réglé dans la loi de procédure applicable, la protection des données est régie comme suit : a. si le traitement des données est effectué par une autorité fédérale: par la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données; b. s'il est effectué par une autorité cantonale: par la législation cantonale sur la protection des données. »

Cette disposition de l'avant-projet prévoit des règles strictes en matière de protection des données personnelles applicables notamment à la corporation qui sera chargée de l'exploitation de la plateforme. A cet égard, l'alinéa 2 prévoit que la corporation pourra traiter des données personnelles dans la mesure où l'accomplissement de ses tâches au sens de la loi l'exige, interdisant tout traitement de données personnelles qui serait réalisé à d'autres fins. Or, l'AP-LPCJ prévoit à son article 3 que la corporation aura comme but et comme devoir d'exploiter la plateforme concernée, la notion d'exploitation pouvant être interprétée largement. Il est également prévu que la corporation pourra offrir d'autres services, sans que ceux-ci ne soient expressément limités (article 5 AP-LPCJ). Dans un tel contexte, la limitation à une utilisation seulement pour l'accomplissement des tâches de la corporation pourrait sembler insuffisante, donnant à la corporation la possibilité par exemple de procéder à des analyses statistiques de données, notamment pour permettre la fourniture d'autres services. Or, en imposant l'utilisation de la plateforme aux avocats, ces derniers n'auront d'autre choix que de fournir leurs données personnelles, et l'utilisation de ces dernières devrait être restreinte autant que possible, ce qui ne semble pas être le cas ici.

IV. Conclusions

Le principe de la mise en place d'une telle plateforme de communication est à saluer. Si cet avant-projet aborde d'ores et déjà en détails de multiples points critiques de ce projet, certains points semblent encore devoir être précisés ou adaptés pour tenir compte de certaines obligations à la charge des avocats, mais aussi de droits procéduraux essentiels, tels que la libre appréciation des preuves et le droit d'être entendu.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de Modernisation qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Une copie des présentes observations est adressée au Département fédéral de justice et police (DFJP).

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame la Conseillère juridique, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

