

Avant-projet d'une nouvelle loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire

Madame la conseillère fédérale,

Votre communication du 11 novembre 2020 mettant en consultation l'avant-projet d'une nouvelle loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ) nous est bien parvenue. Nous vous en remercions et, au nom de la République et Canton de Neuchâtel, nous pouvons y réagir comme suit.

Nous relevons d'abord que ce projet doit être mis en lien, pour part avec la loi sur les services d'identification électronique (LSIE), frappée de référendum et qui doit faire l'objet d'une votation, mais aussi et surtout avec les dispositions sur la cyberadministration dont certaines s'imposeront aux cantons et qui sont actuellement en consultation dans le cadre de l'avant-projet de loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA).

Dans cette mesure, outre à la coordination de ces dispositifs, une attention particulière devra être portée à ce que les cantons puissent disposer des marges de manœuvre et du temps nécessaire à mettre en œuvre ces importants changements dans le fonctionnement de toutes les collectivités publiques suisses.

De manière générale, le Canton est persuadé que la numérisation et la communication électronique sont devenues des outils indispensables pour l'accès de la citoyenne ou du citoyen à l'État, que ce soit par ses autorités judiciaires, comme visé dans le présent projet, ou par son administration.

La solution proposée d'échanges numériques obligatoires uniquement pour les autorités et les professionnel-le-s de la justice préserve par ailleurs les intérêts d'une partie de la population qui n'a pas d'accès suffisant aux technologies de l'information, ce qui est judicieux.

Passé cet aspect, le Canton est convaincu que la numérisation et les communications électroniques se révéleront avantageuses aussi pour l'accomplissement de ses tâches, au service de la population, par l'ordre judiciaire et par ceux qui œuvrent en son sein. Le Canton de Neuchâtel s'est d'ailleurs rapidement joint au projet Justicia 4.0, lancé en la matière, et dont l'avant-projet présenté concrétise aussi certains des travaux.

Le Canton accueille donc de manière générale favorablement le projet présenté et une solution rassemblant les cantons et la Confédération. Il est aussi pleinement en accord avec l'opportunité, voire la nécessité qu'il y a à harmoniser des aspects procéduraux s'agissant des techniques de communication électronique et de la constitution de dossiers.

Il soutient aussi la solution d'une corporation qui réunirait Confédération et cantons pour la mise en place et l'exploitation de la plateforme suisse rassemblant les procédures judiciaires relevant du droit procédural fédéral.

Il considère en revanche que la compétence subsidiaire de l'administration fédérale, si la corporation venait à ne pas réunir tous les cantons, ne tient pas assez compte du fait que la corporation aura déjà été voulue et créée par une majorité large des cantons. Dans un tel cas, d'autres solutions doivent être explorées car, si la Confédération ne peut obliger à adhérer au concordat intercantonal qu'est la convention fondant la corporation, il devrait demeurer possible d'imposer que la plateforme gérée par la corporation soit utilisée obligatoirement et moyennant participation financière, cela tant qu'une majorité, cas échéant qualifiée, de cantons adhère à la convention. Le Canton se réfère sur ces aspects à la prise de position de la Conférence cantonale des directrices et directeurs des départements de justice et police (CCDJP).

Le Canton se rallie aussi à la CCDJP pour souligner que le champ d'application de la LPCJ et ses conséquences pour les autorités cantonales doit être inscrit plus clairement dans la loi et les conséquences exposées dans un futur message. En l'état, sous certains aspects, la loi et surtout le rapport explicatif ne dressent pas un tableau directement lisible des conséquences pour les cantons.

Les autorités d'exécution des sanctions pénales devaient être comprises dans le champ d'application, avec la possibilité pour le droit cantonal de mettre en œuvre la LPCJ dans ce domaine. Il en est de même du rôle de la police et de l'application qu'elle aura à faire de la LPCJ. Sur un plan civil, la loi devra permettre que le rattachement à la plateforme d'autorités qui, selon les cantons, peut ne pas relever directement du judiciaire.

Enfin, la future loi fédérale doit envisager un chemin pour l'extension de la numérisation aux procédures administratives, traitées par les instances judiciaires cantonales, mais encore régies par le droit procédural cantonal. Le commentaire figurant à l'article 2 du rapport indique que (on souligne) : « La LPCJ s'appliquera seulement si la loi fédérale de procédure pertinente déclare qu'elle est applicable » (commentaire ad art. 2 AP-LPJC), ce qui pose question quant à l'avenir d'une dématérialisation des procédures administratives cantonales et à la manière dont elles pourraient profiter des normes ou de la plateforme pourtant instituée par la LPCJ. Sur ce point aussi, la loi fédérale devrait non seulement ne pas exclure cette extension, mais bien plutôt la permettre pour que les dispositions cantonales sur la procédure administrative puissent prévoir l'application de la LPCJ devant les instances judiciaires administratives cantonales.

Dans le domaine pénal, le travail policier, bien qu'encadré par le code de procédure pénale fédéral, peut rester source d'une rupture de support, s'il ne bénéficie pas lui aussi d'une numérisation. La révision prévue des articles 76 et 78 CPP vont ainsi dans le bon sens et la procédure pénale pourrait admettre de manière large l'usage d'un « moyen d'identification électronique personnel », hors signature électronique au sens de la SCSE. Cette faculté pourrait être reprise dans les procédures civiles et administratives.

Cette question pourrait aussi aboutir à réserver que la corporation, soit puisse correspondre à des plateformes plus régionales, instituées à l'initiative d'un ou plusieurs cantons, par délégation, sur mandat ou plus simplement avec la participation de la corporation active au niveau national. Cette solution pourrait, d'une part, éviter certains des risques de sécurité ou de surcharge, laissant une latitude d'organisation à la corporation et, d'autre part, mieux tracer la route pour l'intégration des procédures cantonales aux standards de la LPCJ.

Il serait donc judicieux de ne pas simplement prévoir que la corporation peut « fournir d'autres prestations pour la communication électronique dans le domaine judiciaire », en réservant par-là les visioconférences ou les téléconférences. On doit aller au-delà, en laissant à la corporation la possibilité de collaborer avec les cantons et d'autres acteurs chargés de tâches étatiques dans le domaine de la communication électronique, pour offrir ses prestations,

déléguer ou se voir déléguer certaines tâches dans le domaine de la numérisation et de la communication électroniques judiciaires.

S'agissant de la gouvernance, le Canton note le souci inscrit dans la loi d'une représentation des cantons au sein de la corporation gérant la plateforme. Il souhaiterait que s'y ajoute le fait que la diversité des cantons (notamment taille et régions linguistiques) trouve à s'exprimer dans cette représentation. De ce fait, la représentation cantonale au comité devra sans doute être renforcée et il est bienvenu que la loi ne prévoie qu'une composition minimale (deux représentant-e-s de la Confédération et trois des cantons).

En outre, pour faire suite aux remarques que lui ont transmises les autorités judiciaires du Canton, le Conseil d'État soulignera que la LPCJ présente la particularité de concrétiser non seulement une collaboration Confédération-cantons, mais aussi celle des pouvoirs exécutifs et judiciaires. Il serait souhaitable que la loi organise aussi directement une meilleure représentativité de ce point de vue, ou à tout le moins qu'elle en inscrive le principe.

Même si le nombre de participant-e-s à l'assemblée en serait augmenté, la désignation, par canton, de deux représentant-e-s, dont un-e, voire un-e au moins, provenant du monde judiciaire, serait justifiée. Le Canton se rallie sur ce point aussi à la proposition de la CCDJP. La loi fédérale devrait par ailleurs contenir quelques principes s'agissant des droits de vote des membres. Il semble en tous les cas incongru que la loi évoque un quorum et des détails du système d'élection, mais laisse à la convention le soin de régler ce qui fonde le tout, soit le droit de vote de membres (cf. commentaire ad art. 6 AP-LPJC).

S'agissant des émoluments pour l'utilisation de la plateforme, les explications contenues dans le rapport quant à leur fixation par la Confédération au titre d'un contrepois à l'absence de dénonciation possible de la convention ne convainquent pas (cf. commentaire ad art. 16 AP-LPCJ). La compétence de fixer ces émoluments devrait être déléguée à la corporation elle-même ou, a minima, un mécanisme d'aval à cette fixation doit être réservé. Si l'on parle d'une plateforme créée par les cantons, qui prendraient à leur charge l'essentiel des coûts, il n'est pas adéquat que les émoluments en soient fixés par le Conseil fédéral (cf. art. 31 AP-LPJC).

Par ailleurs, si le Canton peut comprendre la volonté de ne pas dissuader des utilisatrices non-professionnel-le-s par la perception d'émoluments, cet argument n'est plus justifié s'agissant d'utilisatrices professionnel-le-s, certes contraint-e-s d'utiliser la plateforme, mais qui profiteront aussi grandement de la numérisation des échanges et de la constitution de dossiers électroniques. Il ne nous paraît donc pas inadmissible qu'un financement à charge des utilisatrices professionnel-le-s soit perçu au profit de la plateforme elle-même et non simplement indirectement dans le cadre d'éventuels frais de procédure.

Enfin, quant à la question de savoir qui doit bénéficier des délégations législatives inscrites dans la LPJC, le Conseil d'État peut voir un avantage à ce que la réglementation émane du Conseil fédéral qui pourra aussi la mettre directement en accord avec celles dont il serait chargé par ailleurs et sur laquelle les cantons seront consultés formellement. Il estime aussi souhaitable que ces règles, si elles étaient contestées, puissent être ensuite revues par les autorités judiciaires, en particulier le Tribunal fédéral, ce que leur adoption par cette instance rendrait plus difficile.

Mais sur ce point aussi, il veut rapporter la préoccupation légitime des autorités judiciaires du canton qui, à la suite du Tribunal fédéral, font valoir qu'il est problématique que des règles qui impacteront le fonctionnement même de l'ordre judiciaire soient purement et simplement laissées à l'exécutif.

Plus spécifiquement, les autorités judiciaires neuchâteloises plaident pour une délégation de compétence en faveur du Tribunal fédéral, plus proche des préoccupations des pouvoirs judiciaires cantonaux et des utilisateurs-trices finaux de la plateforme d'échange.

Dans cette mesure, si le Conseil d'État soutient la délégation de compétences législatives au Conseil fédéral pour les raisons déjà évoquées, il considère que la loi doit alors instituer des instruments spécifiques au bénéfice du pouvoir judiciaire, pour lui permettre de garantir ses intérêts et l'indépendance de son fonctionnement dans le processus d'adoption des normes en cause. Par ailleurs, la délégation doit être limitée à ce qui est nécessaire (cf. annexe à la présente, ad art. 28 AP-LPJC),

Pour le surplus, des remarques concernant le détail de certaines dispositions, vous sont communiquées par le biais d'une annexe à la présente.

En vous remerciant de nous avoir consulté, nous vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 22 février 2021

Au nom du Conseil d'État :

La présidente,
M. MAIRE-HEFTI

La chancelière,
S. DESPLAND

Annexe : mentionnée

REMARQUES S'AGISSANT DE DISPOSITIONS PARTICULIÈRES

Ad art. 1

Plusieurs notions sont utilisées dans la loi qui devraient faire l'objet de précisions, par le biais d'une définition. C'est le cas de la notion d'« autorité » (al. 1) et des notions de « document » (al. 2, let. a) et de « dossier » (al. 2, let. c).

S'agissant en particulier du terme de « document », la loi et le futur message doivent prendre en compte que l'objet des échanges pourra être constitué aussi d'enregistrement audio/vidéo, ainsi que de d'autres formes de données structurées. Si le terme document est maintenu il doit être fait l'objet d'une précision pour qu'il soit clair qu'il ne se limite pas à des pièces écrites, mais aussi de données structurées dont la restitution se fera sous une autre forme perceptible par l'utilisateur.

Ad art. 2

Comme exposé dans la prise de position générale, selon le rapport, la base légale (droit procédural) envisagée n'est que de droit fédéral.

En l'état, la numérisation des procédures régies par les lois de procédure administrative cantonales ne semble pas pouvoir se greffer sur la loi fédérale et la plateforme dédiée. Cet aspect doit être corrigé. Le message, voire la loi, devrait réserver la possibilité pour ces lois cantonales, de rendre la LPCJ applicable aux litiges portés devant leurs instances judiciaires.

Pour le surplus, l'ordre judiciaire neuchâtelois remarque que l'avant-projet de LPCJ est à certains aspects vague et à d'autres trop précis et que l'enjeu essentiel sera la bonne adaptation des lois de procédures.

Ad arts. 3 et 4

Ces dispositions doivent être revues, comme indiqué dans la prise de position principale. L'attribution d'une compétence par défaut à une unité de l'administration fédérale n'est pas adéquate, en cas de désaccord sur la convention même d'un unique canton et alors que la corporation a déjà été créée. D'autres règles doivent être posées pour assurer le fonctionnement de la plate-forme, et cela avec une vraie représentation de l'ordre judiciaire, même en l'absence d'une absolue unanimité des cantons. Le nombre de 18 cantons est l'usage et il doit permettre à la plateforme non seulement d'être créée, mais de continuer à fonctionner. Le Canton se rallie par ailleurs pour le détail à l'analyse et aux demandes de la CCDJP.

Y compris en cas d'activation de la compétence subsidiaire, les cantons et leurs ordres judiciaires doivent être associés de manière étroite et la loi doit le mentionner. Un conseil uniquement consultatif n'est pas suffisant.

Ad art. 5

Nous renvoyons à la prise de position principale : cette disposition et son commentaire apparaissent comme trop limitatifs. D'autres services, des coopérations, voire des délégations au profit d'autres entités publiques doivent être ouverts.

Ad art. 6

Des règles de détail sont posées dans la loi s'agissant de quorum et des nominations (art. 12), mais le droit de vote est entièrement laissé à réglementation dans la convention (cf. rapport, commentaire ad art. 6). Cela n'apparaît pas cohérent.

La loi n'a par ailleurs pas à énumérer les prestations de la plate-forme.

Ad art. 8

Comme exposé dans la prise de position principale, la loi devrait prévoir au moins le principe, si ce n'est le mécanisme précis, d'une participation suffisante de représentants du monde judiciaire, en tant que délégués des cantons. Le canton voit favorablement la proposition d'une assemblée comprenant deux délégués par canton, dont l'un au moins émanera de l'ordre judiciaire.

Par ailleurs, hors s'agissant des prestations cyberjustice, la convention doit pouvoir être modifiée par l'accord de 18 cantons, par cohérence avec la modification proposée à l'article 3. La disposition légale doit donc prévoir cette possibilité ou, a minima, laisser la possibilité d'insérer une clause de modification à cette majorité qualifiée dans la convention elle-même, ce que, tel que formulé, cet alinéa paraît empêcher.

Ad art. 9

Comme exposé dans la prise de position principale, il semble judicieux que la loi ne prévoie qu'une composition minimale du comité, ce qui laisse la possibilité de nommer quelques membres supplémentaires, pour tenir compte des équilibres canton/Confédération et exécutif/judiciaire.

Cet aspect d'une représentation suffisante, en particulier du pouvoir judiciaire devrait trouver son expression dans la loi.

Ad art. 11

Al. 3 : Comme l'indique le rapport, la solution d'une révision par un contrôle des finances de l'une des parties doit être la solution privilégiée.

Ad art. 12

Cet article est trop détaillé, si le régime des droits de vote est laissé à la réglementation de la convention (cf. remarque à l'article 6).

Ad art. 14

Il faut uniformiser la terminologie par rapport à la section 5 « protection des données et sécurité de l'information ».

Ad art. 16

Le rapport expose bien pourquoi la Confédération ne doit pas bénéficier d'un droit de dénonciation.

En revanche, on ne voit pas en quoi cela impliquerait à titre de contrepoids, et même dans un système qualifié de moderne, qu'elle fixe les émoluments d'une plate-forme que, selon le projet, les cantons financeraient à hauteur de 75%.

Par ailleurs, comme déjà dit, il n'est pas adéquat que la résiliation, même par un unique canton, ait pour conséquence la mise en œuvre de la compétence subsidiaire, mais finalement souveraine, d'une unité de l'administration fédérale. La plateforme doit continuer d'être exploitée par la corporation, tant que 18 cantons sont parties à la convention et l'obligation d'utiliser la plateforme, à titre onéreux, doit régler la question pour les cantons non membres.

Ad art. 21

Nous renvoyons à la remarque déjà formulée à l'article 1, s'agissant de l'utilité qu'il y aurait à définir plusieurs notions, et en particulier celle de documents.

S'agissant du traitement et de la sécurité des données, il est renvoyé pour le surplus aux remarques s'agissant de la section 5, ci-dessous.

Ad art. 22

Si ces autres ressources d'adressage n'ont pas d'autres fonctions que celle d'un service « informatif » à l'utilisateur, elles relèvent de pures facilités offertes par la plateforme. Elles nous paraissent possibles à offrir, sur demande et donc avec le consentement du destinataire-utilisateur, sans devoir être inscrites dans la loi, ce d'autant plus si cette loi laisse à la corporation une liberté importante dans l'organisation de la plateforme et des prestations offertes.

Ad art. 24

Mal interprétée lors de la consultation interne, la rédaction de cette disposition doit être revue pour clarifier déjà le concept de groupe. Permettre aux utilisateurs d'accorder des droits sur leurs accès est légitime, mais il convient de préciser qu'il ne s'agit pas de constituer des réseaux d'échange de documents.

Au final, là aussi, il s'agit d'un problème de prestations de la plateforme et de relations avec ses destinataires-utilisateurs. Un ancrage légal n'apparaît pas forcément nécessaire.

Ad art. 25

Malgré le rapport qui l'explique un peu mieux, cette disposition interroge quand elle parle de « rendre vraisemblable que le problème ne lui est pas imputable ». Cette disposition devra être précisée ou, à tout le moins, le message du Conseil fédéral devra permettre de guider l'application qui en sera faite.

Section 5

L'application de la loi fédérale sur la protection des données est une solution logique aux besoins de réglementation pour la plateforme, même si l'explication contenue dans le rapport pour mener à ce résultat n'est, elle, pas convaincante.

Par ailleurs, alors que la protection et la sécurité des données est centrale dans le projet, l'article 27 se contente de renvoyer à un règlement ce qui ne paraît pas adéquat et évoquer les exigences généralement reconnues ne paraît ni assez précis, ni satisfaisant pour décrire la garantie qui devrait être accordée à des données souvent sensibles - comme le rapport le relève à raison - et qui concernent potentiellement tous les habitants de notre pays.

La loi doit contenir plus et mieux en matière de garanties, cela pour répondre aux questions que pourraient se poser nos concitoyens.

Ad section 6

Le terme de « document physique » apparaît dans cette section alors qu'il n'en est pas fait mention précédemment. Si, comme nous le suggérons, une définition de « document » est insérée dans le projet de loi, cette notion pourrait être précisée dans le même temps.

Ad art. 28

Cette disposition paraît contradictoire avec le but de la loi lorsqu'elle évoque sans plus la numérisation par les autorités, sans prendre en compte les autres utilisateurs. Le texte légal devrait mieux distinguer le cas de dépôt de documents physiques résultant d'autres processus et le cas d'échanges procéduraux par le biais de la plate-forme, qui devaient intervenir en principe directement sous forme numérique. Par ailleurs, la disposition ne traite pas du procédé inverse et de l'éventuelle impression de documents. Cet aspect devrait être évoqué.

Enfin, formulée comme dans l'avant-projet la délégation de l'alinéa 4 est trop large : la loi devrait reprendre le texte du rapport, soit que sont à régler les exigences techniques pour les uniformiser et la qualité de la numérisation. Le reste doit continuer de relever des autorités qui appliquent la loi et en particulier des autorités judiciaires.

Ad art. 29

Une autre réglementation, plus fine doit être trouvée : réceptionner des documents dont certains n'ont pas d'autres raison d'être que la procédure en cours, pour les numériser et les renvoyer est une perte importante de ressources. Il ne devrait pas y avoir de renvoi automatique, mais éventuellement la conservation de pièces essentielles et un renvoi sur demande d'autres.

Les lois de procédure permettent par ailleurs de régler ces aspects et la restitution de documents.

Ad art. 31

On renvoie sur cet article à la prise de position principale.

Ad. art. 32

Une clé de répartition qui soit directement fixée dans la loi ne permet pas de souplesse et d'adaptation. Fixer des principes quant aux participations respectives, puis charger la corporation de les concrétiser pourrait être préférable.

La loi n'évoque par ailleurs pas non plus la répartition entre les cantons : un cadre sur les critères de base à employer serait pourtant avantageux à y inscrire, en vue d'un futur accord.

Ad art. 33

On renvoie sur cet article à la prise de position principale.

Autres modifications législatives

Loi fédérale sur la procédure administrative

Ad art. 3 AP-PA

L'alinéa 3 doit être revu, d'autant plus si l'on peut penser que la plateforme à utiliser par les tribunaux cantonaux sera celle de la LPCJ et non celle de l'article 6a AP-PA. On renvoie à la prise de position principale.

Ad art. 11 AP-PA

Le Canton se rallie à la proposition de la CCDJP de présumer le consentement à l'utilisation de la communication électronique, si les parties se sont inscrites sur la plate-forme.

Dispositions finales

Nous souscrivons à la proposition de la CCDJP d'inscrire directement dans la loi que la tenue électronique des dossiers ne s'appliquera qu'aux procédures ouvertes après l'entrée en vigueur de la LPCJ.

Le Canton s'interroge en revanche sur l'intérêt et le sens à donner à la disposition actuellement contenue dans l'AP-PA aux titres de « dispositions finales », dont le principe est repris dans plusieurs des autres actes révisés (art. 407e AP-CPC, 456b CPP, par exemple).

Cette disposition, qui limite à 5 ans l'utilisation d'autres systèmes d'échanges électroniques sûrs entre autorités doit être précisée, et quant au cercle des destinataires et quant à son objet.

La LPJC vise la communication dans le cadre d'une procédure judiciaire et la constitution de dossiers numériques. Elle n'a pas à intervenir et à contraindre un passage par la plateforme, si le déroulement de la procédure n'est pas affecté. Il doit donc rester possible d'user d'autres interfaces et de poursuivre des échanges électroniques directs entre autorités cantonales pour des aspects pratiques (par exemple, alléger un travail de saisie), sans avoir à passer par la plateforme, pour autant que les droits des autres parties à la procédure, en particulier la communication des actes et la consultation du dossier sur la plateforme, restent garantis.

Code de procédure civile

Ad Art. 128d AP-CPC

Le Canton se rallie à la proposition de la CCDJP de présumer le consentement à l'utilisation de la communication électronique, si les parties se sont inscrites sur la plate-forme.

Ad art. 176 AP-CPC

Cette disposition n'est pas commentée et prise littéralement, elle semble limiter le moyen à un support-son. Cette formulation pourrait être maladroite en paraissant exclure un support son/image. Elle doit être reformulée et/ou commentée pour lever tout doute, car par comparaison, l'article 39 de la procédure pénale militaire cite expressément la possibilité d'un support image. Cette question se pose aussi aux articles 208, 235, 241 AP-CPC.

Loi fédérale de procédure civile fédérale

Ad art. 7 AP-LPC

Le terme « support-son » pose question (cf. remarque ad 176 AP-CPC).

Code de procédure pénale

Ad arts. 76, 78 et 316 AP-CPP

Le terme « support-son » pose question (cf. remarque ad 176 AP-CPC).

Ad art. 103d AP-CPP

Le Canton se rallie à la proposition de la CCDJP de présumer le consentement à l'utilisation de la communication électronique, si les parties se sont inscrites sur la plate-forme (cf. remarque ad art. 11b AP-PA).

Loi sur les avocats

Ad art. 8

Pris littéralement, en parallèle à l'article 17 LPCJ, il crée une impossibilité, chacune de ces dispositions posant l'accomplissement de l'autre comme préalable.

L'obligation d'utiliser la plateforme résultant des lois de procédures ne nous semble pas devoir être réitérée dans la loi sur les avocats. Ce n'est pas l'exercice de la profession d'avocat qui nécessite une adresse sur la plateforme, mais uniquement la représentation dans une procédure qui est soumise à la LPCJ. C'est le refus d'une représentation valable de son client par l'avocat « défaillant » dans la procédure particulière qui doit être la sanction.