

Digitales Verfahren
Procédure dématérialisée

Legal Tech

Smart contracts



**Elektronische
Justizkommunikation**
*Communication
électronique*

Blockchain

Autonomes Fahren
Véhicules autonomes

Frédérique Ferrand / Jonas Knetsch / Martin Zwickel (Hrsg.)

Die Digitalisierung des Zivilrechts und
der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich

Le droit civil et la justice civile à l'ère
de la numérisation en France et en Allemagne

Frédérique Ferrand / Jonas Knetsch / Martin Zwickel (Hrsg.)

Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz
in Deutschland und Frankreich

Le droit civil et la justice civile à l'ère de la numérisation
en France et en Allemagne

Frédérique Ferrand / Jonas Knetsch / Martin Zwickel (Hrsg.)

Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich

Le droit civil et la justice civile à l'ère de la numérisation en France et en Allemagne

Tagungsband zum deutsch-französischen
Forschungsatelier an der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg (FAU) von 11.03.2019 bis 14.03.2019

Actes de l'atelier de recherche franco-allemand à
l'université Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg (FAU)
du 11 au 14 mars 2019

Erlangen
FAU University Press
2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt.
Die Rechte an allen Inhalten liegen bei ihren jeweiligen Autoren.
Sie sind nutzbar unter der Creative Commons Lizenz BY.

Der vollständige Inhalt des Buchs ist als PDF über den OPUS Server
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg abrufbar:
<https://opus4.kobv.de/opus4-fau/home>

Bitte zitieren als:

Ferrand / Knetsch / Zwickel (Hrsg.), Die Digitalisierung des
Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich /
Le droit civil et la justice civile à l'ère de la numérisation en France
et en Allemagne, Erlangen 2020.

Herausgeber-Kontaktinformation:

Prof. Dr. Frédérique Ferrand, Université Jean Moulin Lyon 3,
frederique.ferrand@univ-lyon3.fr

Prof. Dr. Jonas Knetsch, Université Jean Monnet Saint-Étienne,
jonas.knetsch@univ-st-etienne.fr

Dr. Martin Zwickel, Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg, martin.zwickel@fau.de

Verlag und Auslieferung:

FAU University Press, Universitätsstraße 4, 91054 Erlangen

Druck: docupoint GmbH

ISBN: 978-3-96147-283-3 (Druckausgabe)

eISBN: 978-3-96147-284-0 (Online-Ausgabe)

DOI: 10.25593/978-3-96147-284-0

Vorwort

Vom 11. bis 14. März 2019 kamen 44 Wissenschaftler/-innen sowie Studierende, Promovierende und Rechtspraktiker zum 6. Deutsch-Französischen Forschungsatelier an die Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, um die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich näher in den Blick zu nehmen. Ziel dieser vom *CERCRID* (*Centre de recherches critiques sur le droit*, Jean-Monnet-Universität Saint-Étienne, Frankreich), dem *Institut de droit comparé Édouard Lambert* (Jean-Moulin-Universität Lyon 3, Frankreich) und dem *Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg* (Deutschland) getragenen Veranstaltung war es, die Möglichkeiten und Grenzen der Digitalisierung des Rechts und der Ziviljustiz auszuloten und in einem deutsch-französischen Rechtsvergleich gegenüberzustellen.

Die in diesem Tagungsband dokumentierten Arbeitsergebnisse sind in gemeinsamen rechtsvergleichenden Arbeitsgruppen von fortgeschrittenen Studierenden, Doktoranden, Wissenschaftlern und Rechtspraktikern entstanden. Auf Basis eines durch einen Wissenschaftler/eine Wissenschaftlerin vorgestellten Beispiels (Schritt 1) erarbeiteten die Kleingruppen selbständig die Chancen und Risiken der Digitalisierung des Rechts und der Ziviljustiz (Schritt 2). Die Arbeitsergebnisse wurden sodann in einer Posterpräsentation im Plenum der Veranstaltung vorgestellt und rechtsvergleichend diskutiert (Schritt 3).

Insgesamt haben die gemeinsamen Überlegungen gezeigt, dass sich das Zivilrecht wie auch die Ziviljustiz in Zeiten der Digitalisierung nicht neu erfinden müssen, sondern vielmehr nur die (Rechts-)Techniken Umbrüchen unterworfen sind. Die damit verbundenen, teils neuen Fragen können aufgrund ihrer Zukunftsgerichtetheit in diesem Tagungsband nur angerissen

werden. So verstehen sich die Beiträge dieses Bandes wie auch die Schlusszusammenfassung von zwei Doktoranden nicht als abschließende Beschreibung der Auswirkungen der Digitalisierung auf die im deutsch-französischen Forschungsatelier betrachteten Rechtsbereiche, sondern vielmehr als Pool für die im Zuge der Digitalisierung neu zu beantwortenden Fragen.

Derartige Fragen können von Einzelpersonen nur sehr unvollständig formuliert und erläutert werden. Ohne den großen Einsatz aller Teilnehmerinnen und Teilnehmer des deutsch-französischen Forschungsateliers hätte diese umfangreiche rechtsvergleichende Betrachtung von Digitalisierungsansätzen daher nicht erfolgreich durchgeführt werden können. Für dieses Engagement danken wir sehr herzlich!

Die Organisation des deutsch-französischen Forschungsateliers und diese Publikation wären ohne die großzügige Förderung durch die *Deutsch-Französische Hochschule (DFH)* nicht denkbar gewesen. Auch hierfür ein herzliches Dankeschön!

Für die wertvolle Unterstützung im Rahmen der Organisation des deutsch-französischen Forschungsateliers und der Vorbereitung dieses Tagungsbandes gilt unser herzlicher Dank Frau *Annemarie Weimer*.

Erlangen, Lyon und Saint-Étienne, August 2019

Frédérique Ferrand, Jonas Knetsch und Martin Zwickel

Préface

Le 6^e Atelier de recherche franco-allemand s'est tenu à l'Université Friedrich-Alexander d'Erlangen-Nuremberg du 11 au 14 mars 2019. Il a réuni 44 universitaires, praticien(ne)s du droit, doctorant(e)s et étudiant(e)s autour de la thématique « Le droit civil et la justice civile à l'ère de la numérisation ». L'objectif de cette manifestation, co-organisée par la Faculté de droit de l'Université d'Erlangen-Nuremberg, le CERCERID (Centre de recherches critiques sur le droit, Université Jean Monnet Saint-Étienne) et l'Institut de droit comparé Edouard Lambert (Université Jean Moulin Lyon 3), était d'apprécier les potentialités et les limites du numérique dans le domaine du droit matériel et processuel, et ce dans une perspective comparative franco-allemande.

Les contributions qui sont réunies dans ce volume reprennent les résultats des travaux de recherche qui ont été menés conjointement par les membres des différents groupes de travail. Pour chacune des questions abordées, la méthode suivie était identique : sur la base d'un exemple présenté par un(e) universitaire (étape 1), les participants se sont efforcés d'identifier les opportunités et les risques de l'essor du numérique (étape 2) avant de présenter les résultats sous la forme d'affiches en session plénière, suscitant alors des débats aussi riches que variés (étape 3).

Les travaux ont permis à l'ensemble des participants de prendre conscience des évolutions nécessaires du droit civil et de la justice civile, mais aussi des limites des transformations attendues. Il ne s'agit souvent pas d'une révolution, mais d'une simple adaptation des techniques juridiques déjà existantes. Il est évident que tous les doutes n'ont pu être levés dans le cadre de l'atelier de recherche et que les différentes questions ne sont pas traitées de manière exhaustive dans ces actes, en particulier en raison de leur caractère prospectif. Aussi, les contributions tout

Préface

comme le rapport de synthèse préparée par deux doctorants ne sont pas conçus comme des études définitives, mais plutôt comme un point de départ pour les débats à venir.

En raison de leur diversité, les interrogations soulevées lors des travaux ne se prêtent que difficilement à une réflexion individuelle. Il fallait l'attention et le sérieux de l'ensemble des participants pour mener à bien une analyse comparative et transversale. Qu'ils soient tous très chaleureusement remerciés pour leur implication et leur investissement.

Par ailleurs, l'organisation de l'atelier de recherche ainsi que cette publication n'auraient pas été possibles sans le soutien financier de l'*Université franco-allemande (UFA)* dont nous sommes particulièrement reconnaissants.

Nous tenons enfin à remercier Madame *Annemarie Weimer* pour le soutien matériel et administratif sans lequel l'atelier et ces actes n'auraient pu voir le jour.

Erlangen, Lyon et Saint-Étienne, août 2019

Frédérique Ferrand, Jonas Knetsch et Martin Zwickel

Inhaltsverzeichnis

**Einführung in die Thematik des deutsch-französischen
Forschungsateliers und Vorstellung von Ausgangsthesen
für die Diskussion 9**

**Introduction à la thématique de l'atelier de recherche
franco-allemand et présentation des points de départ des
travaux en groupe 15**

**Atelier 1: Digitalisierung des Zivilrechts /
Le droit civil et le phénomène de numérisation 21**

Atelier 1.1: Geltendes Zivilrecht und Digitalisierung: Einzelne,
vorhandene Einfallstore für Digitales / *Le droit civil positif face
au numérique : quelques illustrations* 22

JONAS KNETSCH

Le droit de la responsabilité civile et les véhicules autonomes 23

Berichte über die Gruppenarbeiten zu den vorhandenen
Einfallstoren für Digitales / *Rapports sur les travaux en
groupe sur les illustrations de l'impact de la numérisation
sur le droit* 55

MARIE-NOËL KOFFI

La conclusion du contrat via les plateformes en ligne 57

LORENZ BRAUN

Paypal-Law : un droit autonome dans l'espace numérique ? .. 67

Atelier 1.2: Künftiges Zivilrecht und Digitalisierung: Code is law? /
Le droit civil du futur et le passage au numérique : « Code is law ? » 74

PHILIPPE SOUSTELLE

L'évaluation automatique de dommages-intérêts 75

Berichte über die Gruppenarbeiten zum künftigen Zivilrecht / <i>Rapports sur les travaux en groupe sur le droit civil futur</i>	94
NIKOLAUS KRAUSLER Bemessungsfragen von Schadenersatz und Schmerzensgeld im Rechtsvergleich	95
MICHAEL KEUCHEN <i>Blockchain</i> – Bruch mit den geltenden Zivilrechten?.....	115
NICOLAS COUTURIER Smart contracts – vers une rupture avec le droit civil existant ?	141
Atelier 2: Digitalisierung der Ziviljustiz / <i>La numérisation du contentieux civil</i>	159
Atelier 2.1: Digitalisierung der zivilrechtlichen Streitbeilegung – Neue Zugangswege zu Gericht oder Behinderung des Rechts? / <i>La numérisation du contentieux civil – Nouvelles formes d'accès au juge ou entrave à l'effectivité du droit?</i>	160
NELLY NOTO-JAFFEUX Le traitement des différends par les legaltechs, service innovant ou « braderie du droit » ?	161
MARTIN ZWICKEL Bürgernahe Ziviljustiz: Ideen für ein digitales Bagatellverfahren / <i>Une justice civile de proximité : perspectives pour une procédure dématérialisée des petits litiges</i>	181
Berichte über die Gruppenarbeiten zum Zugang zu Gericht / <i>Rapports sur les travaux en groupe sur l'accès au juge</i>	245
MARIE-NOËL KOFFI La communication électronique dans la justice allemande et française.....	247
JULIE COURTOIS Les visioconférences comme moyen de faciliter l'accès à la justice civile	255

Atelier 2.2: Neues gerichtliches Verfahren – In Richtung Robo-Judge? / <i>Nouvelles procédures juridictionnelles – le juge parfait sera-t-il un robot ?</i>	263
REINHARD GAIER	
Die Strukturierung von Schriftsätzen als Voraussetzung des computerisierten Zivilprozesses	265
REINHARD GREGER	
Richterliche Prozessführung im digitalen Zeitalter / <i>La conduite du procès judiciaire à l'ère du numérique</i>	267
MARIANNE COTTIN	
L'open data des décisions de justice : un bouleversement de l'espace jurisprudentiel ?	293
Berichte über die Gruppenarbeiten zum modernisierten gerichtlichen Verfahren / <i>Rapports sur les travaux en groupe sur les nouvelles procédures juridictionnelles</i>	304
LISA MARIA SPÄTH	
Struktur und Strukturierung von Schriftsätzen und Urteilen als Voraussetzung des computerisierten Zivilprozesses	305
MARIE-NOËL KOFFI	
Une justice civile proche des citoyens : perspectives pour une procédure dématérialisée des petits litiges	317
FRANÇOIS THEVENOT	
<i>L'open data et justice prédictive</i>	321
Ergebnisse	329
MICHAEL KEUCHEN	
Diskussion und Zusammenfassung aus deutscher Sicht	329
Résultats	361
NICOLAS COUTURIER	
Justiciable, contrat et procès : le droit civil et la procédure civile à l'heure de la révolution numérique	361
Bearbeiterverzeichnis / <i>Liste des contributeurs</i>	381

Einführung in die Thematik des des deutsch-französischen Forschungsateliers und Vorstellung von Ausgangsthesen für die Diskussion

FREDERIQUE FERRAND/JONAS KNETSCH/MARTIN ZWICKEL

Das 6. Deutsch-Französische Forschungsatelier hat die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz zum Gegenstand. Diese Digitalisierung betrifft nahezu alle Bereiche des täglichen Lebens. Der Begriff „Digitalisierung“ wird in Deutschland und in Frankreich inflationär verwendet. Daher drängt sich die Frage auf, was man unter einer Digitalisierung des Rechts versteht.

Mit Digitalisierung wird üblicherweise die Umwandlung analoger Signale oder Daten in digitale Werte (meist Binärziffern) beschrieben.¹ Für den rechtlichen Bereich bedeutet dies, dass einzelne juristische Arbeitsprozesse, aber auch ganze Rechtsdienstleistungen, vermehrt automatisiert ablaufen, um eine Effizienzsteigerung zu erzielen und somit auch Kosten einzusparen.²

Genau diese Besonderheit der möglichen Ersetzung menschlicher Leistungen durch Computertechnologie ist es, die dazu führt, dass das Thema Digitalisierung in Deutschland und Frankreich gleichermaßen kontrovers diskutiert wird.

¹ https://www.wiwi.uni-rostock.de/fileadmin/Institute/BWL/Psychologie/Traum_M%C3%BCller_Hummert_Nerdinger_2017_-_Digitalisierung_-_Die_Perspektive_des_arbeitenden_Individuums.pdf (zuletzt abgerufen am 04.03.2019).

² <https://www.legal-tech.de/was-ist-legal-tech-ffi/> (zuletzt abgerufen am 04.03.2019).

Für das Recht und die Ziviljustiz birgt die fortschreitende Digitalisierung Herausforderungen in zwei Richtungen. Zum einen kommen die Herausforderungen aus der juristischen Welt. Dort wird derzeit intensiv über das Thema *Legal Tech* diskutiert. Darunter versteht man Software- und Onlineanwendungen, die juristische Arbeitsabläufe selbständig oder teilautomatisiert durchführen. So könnten möglicherweise künftig Computer Schadenersatz und Schmerzensgeld automatisch bemessen oder Richter durch Entscheidungsprognosen teilweise in eine bloße Nebenrolle verdrängt werden. Zum anderen kommen die Herausforderungen aber auch aus rein tatsächlichen Gegebenheiten der Digitalisierung: So stellt sich in diesem Bereich z. B. die Frage, wer für autonome oder automatisierte Fahrzeuge in welchem Umfang haften soll.

Welche Chancen und Risiken die Digitalisierung für das Zivilrecht und die Ziviljustiz birgt, ist in vielen Einzelheiten umstritten. Klar ist aber, dass die Digitalisierung sehr viele Bereiche des Zivilrechts und der Ziviljustiz betrifft und in Zukunft noch stärker betreffen wird. Ein beispielhafter Beleg dafür sind einige Thesen aus der aktuellen juristischen Literatur, die sich zur Digitalisierung des Zivilrechts finden:

1. Für autonom fahrende Fahrzeuge ist eine Umstellung des Haftungsrechts erforderlich. Dies gelte vor allem für die Abstimmung der Verantwortlichkeiten von Hersteller, Fahrzeughalter und Fahrer.³
2. Online-Vermittlungsplattformen wie z. B. Amazon Marketplace, Uber oder Airbnb werden von den bestehenden Regelungen des BGB und des Code civil nicht richtig erfasst.⁴ Eine Regulierung sei daher zwingend erforderlich.
3. Es existiere längst ein parallel zum geschriebenen Recht laufendes Zivilrecht in der digitalen Welt. Der digitale

³ Jänich/Schrader/Reck, Rechtsprobleme des autonomen Fahrens, NZV 2015, 313.

⁴ Wendehorst, Die Digitalisierung und das BGB, NJW 2016, 2609.

Handel entwickelt nämlich zunehmend eigenständige Rechtsregeln, die vom geltenden materiellen Recht teilweise weit entfernt sind.⁵

4. Schadenersatz und Schmerzensgeld können in einfachen Fällen vom Computer exakt berechnet werden. Einen Menschen brauche es dafür nicht mehr.
5. Die *Blockchain* könne öffentliche Register (z.B. Grundbuch) ersetzen. Länder wie Schweden, Island, Ukraine, Honduras, Ghana, Nigeria und Kenia sind bereits damit beschäftigt, ihr Grundbuch durch *Blockchain*-Technologie zu digitalisieren.⁶
6. In der neuen digitalen Welt ändere sich auch der Vollzug des Rechts. Es gibt nämlich, mit so genannten *smart contracts*, Verträge, die sich selbst vollziehen.⁷ So könnte etwa künftig die Versicherungsprämie für Autos jeweils in der Höhe vom Konto abgebucht werden, die angesichts der Fahrweise angemessen ist.

Diese bunte Zusammenstellung von Thesen zeigt deutlich, dass es im geltenden Zivilrecht bereits zahlreiche Einfallstore für Digitales gibt. Zugleich muss aber stets über eventuell erforderliche Anpassungen des BGB und des Code civil an die (wirtschaftliche) Realität diskutiert werden.

Zur Digitalisierung Ziviljustiz sind nicht weniger spannende Thesen zu lesen:

1. So wird etwa im Zusammenhang mit neuartigen Streitbeilegungsmechanismen, wie z. B. flightright.de oder weniger

⁵ Fries, *PayPal Law und Legal Tech* – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860.

⁶ Glatz, in: Hartung/Bues/Halbleib, *Legal Tech* – die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, S. 287, 293.

⁷ Fries, *PayPal Law und Legal Tech* – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860.

miete.de argumentiert, sie ermöglichen, Rechtsstreitigkeiten sinnvoll zu lösen, für die es bisher keinen richtigen Zugang zum Recht gab.

2. Andererseits weisen neuartige Streitbeilegungsmechanismen,⁸ genauso wie die elektronische Justizkommunikation⁹ und der Einsatz von Videokonferenzen,¹⁰ auch die Gefahr auf, Bürger und Justiz zu entfremden. So könnten *Legal-Tech*-Instrumente Rechtsstreitigkeiten von der staatlichen Justiz abziehen. Digitale Medien in der Justiz, wie z.B. die elektronische Justizkommunikation, könnten diese zu einem System professioneller Rechtsanwender machen.¹¹
3. Die Digitalisierung könnte aber auch, wie teilweise vertreten, zu einschneidenden Änderungen des eigentlichen gerichtlichen Verfahrens führen:
 - In Deutschland wird derzeit intensiv darüber diskutiert, dem Richter die Arbeit dadurch zu erleichtern, dass Schriftsätze in strukturierter Form eingereicht werden und digitale Instrumente daran anknüpfen können.¹²

⁸ *Katsh/Rabinovich-Einy*, Digital Justice, 2017, S. 175.

⁹ *Radke*, „Die Zukunft hängt davon ab, was wir heute tun“ – Auf dem Weg in die elektronische Justiz, *JM* 2014, 398.

¹⁰ *Susskind*, *Tomorrow's Lawyers*, 2017, S. 110.

¹¹ *Zwickel*, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: *Buschmann/Gläß/Gonska et al.*, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, 2018, S. 179 ff.; *Effer-Uhe*, Möglichkeiten des elektronischen Zivilprozesses, *MDR* 2019, 69, 71.

¹² *Gaier*, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, *JurPC Web-Dok.* 133/2015; *Gaier*, Der moderne liberale Zivilprozess, *NJW* 2013, 2871; *Zwickel*, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: *Buschmann/Gläß/Gonska et al.*, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -

- Für Bagatellstreitigkeiten ist bereits ein beschleunigtes Onlineverfahren mit einigen Anlehnungen an die aus dem *Legal-Tech*-Bereich bekannten Angebote vorgeschlagen worden.¹³
- Noch weiter geht die These, Gerichtsentscheidungen ließen sich durch Digitaltechnik mit ziemlicher Sicherheit vorhersagen.¹⁴

Für den Bereich der Ziviljustiz ist also, was die Digitalisierung betrifft, über den Zugang zu Gericht einerseits und mögliche Verfahrensmodernisierungen andererseits zu diskutieren.

All diese Thesen finden sich in den Einzelvorträgen bzw. den Kleingruppen des Deutsch-Französischen Forschungsateliers wieder. Sie dienen zum einen als Ausgangsbasis für die Diskussion, zum anderen aber auch als Ordnungsmerkmale für die abschließende Zusammenfassung der Ergebnisse des Forschungsateliers.

wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, 2018, S. 179 ff.; *Effer-Uhe*, Möglichkeiten des elektronischen Zivilprozesses, MDR 2019, 69, 71.

¹³ *Nicolai/Wölber*, Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229.

¹⁴ *Kuhlmann*, Die Richter-Vorhersage, NJW Sonderheft Innovationen & Legal Tech, München 2017, S. 32 ff.

Introduction à la thématique de l'atelier de recherche franco-allemand et présentation des points de départ des travaux en groupe

FREDERIQUE FERRAND/JONAS KNETSCH/MARTIN ZWICKEL

La numérisation, l'avènement d'une « ère numérique », la digitalisation de notre société, voilà autant de mots-clés qui sont devenus, en l'espace de quelques années, omniprésents dans les médias. Parfois, à trop les entendre, on peut même oublier le sens premier de ces termes. Il se n'agit ni plus, ni moins de la transformation de données analogiques, c'est-à-dire perceptibles par l'homme par analogie à une grandeur physique (longueur, couleur, température, poids), en données numériques, basées le plus souvent sur un système binaire.

Pour les juristes, le phénomène de numérisation entraîne aussi une transformation de leur vision du droit. Certaines tâches habituelles comme l'application d'une règle de droit, voire l'accomplissement de véritables services juridiques, sont susceptibles d'être automatisées. De nouveaux prestataires ont fait leur apparition en vantant aussi bien une efficacité accrue qu'une réduction du prix. C'est en raison de ce remplacement de l'homme par la machine, de ce glissement de l'intelligence humaine vers l'intelligence artificielle, que la numérisation suscite autant d'interrogations tant en France qu'en Allemagne.

Quelles sont les potentialités du numérique pour notre droit et pour la justice civile ? Quels en sont les risques ? Ces questions sont devenues l'objet d'un vaste débat qui tend à s'amplifier. Si la numérisation touche déjà de larges domaines du droit civil et

du droit processuel, elle aura sans doute un impact encore plus fort dans l'avenir.

S'agissant du droit civil, les questionnements sont très nombreux et il a été difficile de sélectionner des positions doctrinales pour introduire les débats qui ont été menés dans les groupes de travail :

1. L'essor des véhicules autonomes peut conduire à des transformations du droit de la responsabilité civile, en particulier s'agissant de l'articulation de la responsabilité civile des conducteur ou gardien du véhicule et de celle de son fabricant.¹
2. L'essor des plateformes en ligne rendrait nécessaire une réflexion approfondie sur la pertinence des règles actuelles du Code civil et du BGB régissant la conclusion d'un contrat à l'ère du numérique.² Leur renouvellement s'imposerait alors pour accompagner la multiplication des contrats conclus par des intermédiaires tels qu'Airbnb, Amazon Marketplace ou Deliveroo.
3. Pour faciliter les transactions commerciales, certaines plateformes en ligne ont développé des règles prédéfinies de protection des acheteurs. Ces réglementations que la doctrine allemande désigne sous le terme « PayPal-Law », apparaissent à bien des égards comme autonomes

¹ *Dugué/Knetsch*, in: Andreu (sous la dir.), Des voitures autonomes. Une offre de loi, 2018, p. 61 ff. ; *Borghetti*, L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome, in: Le droit civil à l'ère numérique. Actes du colloque du Master 2 Droit privé général et du Laboratoire de droit civil - Paris II - 21 avril 2017, 2017, p. 23 ff.

² *Bernheim-Desvaux*, La consommation collaborative ou participative, Contrats concurrence consommation 2015, études 2 et 3 ; *Mathey*, L'uberisation et le droit des contrats : l'immixtion des plateformes dans la relation contractuelle, in: Le droit civil à l'ère numérique, 2017, p. 9.

par rapport aux droits nationaux et pourront ainsi accélérer le règlement de litiges entre les parties.³

4. La détermination des dommages-intérêts fait partie des questions les plus complexes du droit de la responsabilité civile. Une numérisation pourrait simplifier considérablement la pratique juridique en la matière.⁴
5. La technologie *blockchain* occupe actuellement le devant de la scène dans de très nombreux domaines du droit.⁵ Elle pourrait remplacer à terme certains registres publics, notamment dans le domaine de la publicité foncière.
6. Intimement lié à l'essor de la technologie *blockchain*, l'avènement des contrats dits « intelligents » est, pour l'heure, assez mal appréhendé par les juristes. En particulier, on peine à définir avec précision les contours de ces *smart contracts* et à les intégrer dans le droit des contrats existant.⁶

La diversité de ces questions montre bien que le droit civil offre de très nombreuses portes d'entrée pour le numérique. Dans le même temps, il ne faut pas oublier que les éventuels ajustements du Code civil et du BGB doivent tenir compte des enjeux économiques de la digitalisation de notre société.

³ *Rochfeld/Zolynski*, La "loyauté" des "plateformes". Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, *Daloz IP/IT* 2016, p. 520.

⁴ *Prévoist*, Justice prédictive et dommage corporel : perspectives critiques, *Gazette du Palais* 30 janvier 2018, p. 43 ; *Porchy-Simon*, L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile, in: Sayn (sous la dir.), *Le droit mis en barèmes*, 2014, p. 201.

⁵ *Barraud*, Les blockchains et le droit, *Revue Lamy droit de l'immatériel* 2018, n° 147, p. 48 ; *Gossa*, Les blockchains et smart contracts pour les juristes, *Daloz IP/IT* 2018, p. 393.

⁶ *Dondero*, Les smart contracts, in: *Le droit civil à l'ère numérique*, 2017, p. 19 s. ; *Mekki*, Le contrat, objet des *smart contracts*, *Daloz IP/IT* 2018, p. 409 ; *Mekki*, Le smart contract, objet du droit, *Daloz IP/IT* 2019, p. 27 ; *Roda*, Smart contracts, dumb contracts ?, *Daloz IP/IT* 2018, p. 397.

En ce qui concerne les incidences de la numérisation sur le droit processuel et, plus particulièrement, sur l'organisation de la justice civile en France et en Allemagne, la doctrine juridique fait état de bouleversements tout aussi importants et variés :

1. Certains auteurs s'interrogent notamment sur l'apparition de nouvelles formes de règlement de différends telles que les procédures proposées par des sites *flightright.fr* ou *refundmyticket.fr*. Ces portails proposent des solutions à des consommateurs qui, jusqu'à récemment, ne trouvaient que difficilement un interlocuteur pour résoudre leur litige. On pourrait donc y voir une voie pour améliorer l'accès à la justice.
2. Dans le même temps, on lit souvent qu'il existe le risque d'une certaine déshumanisation de la justice. Le recours à des portails internet plutôt que la consultation physique d'un avocat,⁷ le recours à la visioconférence⁸ plutôt qu'à une audience, la communication électronique entre avocat et tribunal⁹ plutôt que le passage physique par l'huissier-audencier et le juge de la mise en état, ne marquent-ils pas un éloignement de la justice et des justiciables ?

⁷ *Amaro*, L'«uberisation» des professions du droit face à l'essor de la legaltech, *Dalloz IP/IT* 2017, p. 161 ; *Moreil*, La révolution du marché du droit. Quelle protection pour le client ?, *Cahiers de droit de l'entreprise* 2018, dossier 16 ; *Pillet*, L'influence du numérique sur la concurrence des prestataires de services juridiques, *Dalloz Avocats* 2019, p. 84.

⁸ *Amrani-Mekki*, Efficacité et nouvelles technologies, *Procédures* 2010, dossier 5 ; *Garapon/Perdriolle/Bernabe*, La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXI^e siècle, 2013, p. 72 ; *Janin*, La visioconférence à l'épreuve du procès équitable, *Cahiers de la justice* 2/2011, p. 13.

⁹ *Bléry et al.*, RPVA devant le tribunal de commerce de Versailles : regards croisés de la théorie et de la pratique, *JCP G* 2014, 224 ; *Fricero*, Communication électronique. Demande en justice et nouvelles technologies : aspects procéduraux, *Procédures* 2014, dossier 5 ; *Ghaleh-Marzban*, PORTALIS : le projet de modernisation de la justice, *Dalloz IP/IT* 2018, p. 152.

3. Enfin, le numérique est susceptible de conduire à des transformations profondes des règles de la procédure civile :
 - L'un des obstacles à une numérisation intégrale du procès civil est la forme actuelle des conclusions, peu exploitables par les systèmes d'information. Certains auteurs suggèrent dès lors d'encadrer davantage les échanges entre avocats en imposant une forme de « structuration » des écritures pour faciliter le travail de confrontation des thèses en présence et permettre ainsi la rédaction automatisée d'un projet de décision.¹⁰
 - Utilisés à bon escient, les nouveaux outils numériques pourront par ailleurs contribuer à rendre la justice civile plus performante dans le règlement des « petits litiges ». Plusieurs législateurs étrangers, en particulier dans le monde anglophone, ont mis en place des procédures dématérialisées pour ces *small claims*.¹¹

¹⁰ Amrani-Mekki, L'obsolescence programmée du juge ? Propos introductifs, JCP G 2018 (supplément au n° 51), p. 6 ; Amrani-Mekki, L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile, in: Gaboriau/ Pauliat (sous la dir.), La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^{ème} siècle ?, 2010, p. 157 s. ; Croze, Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies, Procédures 2010, dossier 4.

¹¹ V. les contributions au dossier „Transformation numérique. Amélioration et simplification de la procédure civile et Adaptation du réseau des juridictions“, in: Gazette du Palais du 6 février 2018, p. 66 s. ; Amrani-Mekki, L'obsolescence programmée du juge ? Propos introductifs, JCP G 2018 (supplément au n° 51), 6 ; Guerlin, La procédure civile en chantier, Revue Lamy Droit civil 2018 (n° 158), p. 32.

- La rencontre de l'*open data* des décisions de justice et de l'intelligence artificielle ouvre de nouvelles perspectives de connaissance des pratiques juridictionnelles, souvent désignées sous le terme de « justice prédictive ».¹² Ces nouveaux outils pourront-ils transformer la manière dont les juges prennent leurs décisions et, au-delà, la manière dont le droit est produit ? La justice prédictive comporte-t-elle des risques ?

L'ensemble de ces interrogations a été abordé dans les travaux de groupe de l'atelier de recherche. Elles ont servi de point de départ pour les débats, mais tiennent également lieu d'éléments structurants pour le rapport de synthèse.

¹² *Dondero*, Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? , Recueil Dalloz 2017, p. 532 ; *Garapon*, Les enjeux de la justice prédictive, *JCP G* 2017, 31 ; *Sauvé*, in : Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (sous la dir.), La justice prédictive. Actes du colloque du 12 février 2018, 2018, p. 7.

Atelier 1:
Digitalisierung des Zivilrechts /
Le droit civil et le phénomène de
numérisation

Atelier 1.1:

Geltendes Zivilrecht und

Digitalisierung: Einzelne, vorhandene

Einfallstore für Digitales /

Le droit civil positif face au numérique :

quelques illustrations

Le droit de la responsabilité civile et les véhicules autonomes

JONAS KNETSCH



Un bref résumé de la contribution en format vidéo peut être consulté sur internet :

<https://youtu.be/zhB2QJQAwy8>

L'avènement des voitures autonomes constitue un tournant pour la mobilité au sein de notre société. À en croire certains analystes, les véhicules autonomes conduiront à un bouleversement majeur du secteur automobile. D'une conception individualiste de l'automobile, notre société serait en passe de glisser vers un modèle qui s'inscrirait davantage dans une économie

collaborative et une approche de partage.¹ Sous l'effet de ces nouvelles formes de mobilité, les acteurs de l'industrie automobile sont appelés à revoir leur vision du marché en réorientant leur offre commerciale vers la prestation de services en se détournant progressivement de la simple vente de véhicules.² Dans cette perspective, les véhicules autonomes apparaissent comme les vecteurs d'une offre de mobilité élargie, susceptible de bénéficier notamment aux personnes âgées ou handicapées résidant dans des zones non pourvues de transports en commun. Plus encore, la voiture autonome est pensée comme un outil qui permettra de redonner du temps à leurs utilisateurs qui, à moyen et long terme, n'auront plus à se préoccuper des conditions de circulation mais pourront vaquer à d'autres occupations.

Ces potentialités ne doivent cependant pas masquer l'intérêt principal de cette nouvelle technologie, qui est celui de la sécurité routière. Faut-il rappeler que plus de 90 % des accidents de la route sont imputables à des erreurs humaines (inattention, fatigue, alcool...) ?³ La généralisation de dispositifs de délégation de conduite aura pour effet de réduire le risque humain et, partant, de réduire le nombre d'accidents. Cette éviction pro-

¹ V. par exemple *Brenner/Herrmann, An Overview of Technology, Benefits and Impact of Automated and Autonomous Driving on the Automotive Industry*, in : *Linnhoff-Popien/Schneider/Zaddach* (sous la dir.), *Digital Marketplaces Unleashed*, Springer, 2018, pp. 427-442.

² Morgan Stanley Research, *Autonomous Cars: Self-Driving the New Auto Industry Paradigm*, Morgan Stanley Blue Paper, Novembre 2013 <http://orfe.princeton.edu/~alaink/SmartDrivingCars/PDFs/Nov2013MORGAN-STANLEY-BLUE-PAPER-AUTONOMOUS-CARS%EF%BC%9A-SELF-DRIVING-THE-NEW-AUTO-INDUSTRY-PARADIGM.pdf> consulté le 4 juin 2019.

³ Pour des statistiques plus détaillées, v. *Observatoire national interministériel de la sécurité routière, Accidentalité routière 2017. Résultats définitifs*, 2018, p. 4 et s. ; http://www.securite-routiere.gouv.fr/content/download/38077/362931/version/1/file/2018_05_29_ONISR_Accidentaliteroutiere2017.pdf consulté le 4 juin 2019.

gressive du facteur humain produira également des effets positifs sur le terrain de la protection de l'environnement : la conduite plus douce et moins consommatrice, une utilisation partagée de véhicules dont le temps de circulation serait alors en nette augmentation, voilà autant de facteurs qui pourront faire des voitures un moyen de circulation moins polluant et plus écologique qu'elles ne le sont actuellement.

Loin d'être une « technologie miracle », les véhicules autonomes présentent cependant aussi des limites dont il faut être conscient. Tout d'abord, il ne faut pas sous-estimer le coût actuel de fabrication d'une telle voiture, nettement supérieur à celui d'un véhicule traditionnel, fût-il haut de gamme.⁴ Les voitures autonomes comportent une multitude de capteurs (RADARS, LIDARS, caméras et ultrasons) ainsi qu'un système informatique performant qui est destiné à traiter les informations. La conduite autonome suppose en outre l'existence d'une cartographie approfondie des routes stockée sur un serveur auquel accède le véhicule et qu'il alimente en retour de ses propres données. La dépendance de la voiture autonome à l'égard de cette cartographie explique par ailleurs les craintes d'un piratage de l'infrastructure par des personnes malintentionnées, souhaitant désorganiser la circulation ou créer volontairement des accidents.⁵ Les données recueillies par le système informatique pour en accroître la précision soulèvent également des difficultés de protection de la vie privée. On redoute enfin une gênante période d'apprentissage durant laquelle les individus, utilisateurs ou non d'un véhicule autonome, auront du mal à faire confiance à cette

⁴ Ce qui rend les véhicules autonomes plus attrayants pour le transport collectif, du moins dans un premier temps. V. sur cet aspect *Adler/Peer/Sinozic, Autonomous, Connected, Electric Shared Vehicles (ACES) and Public Finance: An Explorative Analysis*, Tinbergen Institute Discussion Paper 2019-005/VIII.

⁵ *Solon*, Team of hackers take remote control of Tesla Model S from 12 miles away, *The Guardian* 20 septembre 2016 <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/20/tesla-model-s-chinese-hack-remote-control-brakes> consulté le 4 juin 2019.

nouvelle technologie. Comment convaincre les conducteurs de lâcher sans crainte le volant ? Par quels moyens sensibiliser les piétons et les cyclistes aux avantages de « véhicules fantômes » dont le comportement peut paraître plus imprévisible que celui d'un véhicule traditionnel ? Ces questions auxquelles ont commencé à s'intéresser psychologues et ingénieurs⁶ illustrent les nombreuses facettes du défi socio-technologique des véhicules autonomes.

L'essor de véhicules intelligents au cours de ces prochaines années ne saurait évidemment rester sans incidence sur le droit de la circulation routière, lequel est confronté à un véritable changement de paradigme.⁷ Traditionnellement orienté vers l'humain, conducteur du véhicule, il doit désormais se tourner vers la machine, laquelle remplacera progressivement, de manière partielle ou totale, l'humain dans la conduite. Afin d'illustrer les incidences juridiques des véhicules autonomes en la matière, cette étude portera sur les règles de responsabilité

⁶ *Pettigrew*, Dimensions of attitudes to autonomous vehicles, *Urban, Planning and Transport Research* 2019 (vol. 7), pp. 19-33; *Millard-Ball*, Pedestrians, Autonomous Vehicles, and Cities, *Journal of Planning Education and Research* 2018 (vol. 38), pp. 6-12 ; *McManus/Rutchick*, Autonomous Vehicles and the Attribution of Moral Responsibility, *Social Psychological and Personality Science* 2019 (vol. 10), pp. 345-352.

⁷ Sur les incidences juridiques de l'avènement des véhicules autonomes, v. seulement en langue française: *Barsan*, La voiture autonome: aspects juridiques, *Communication Commerce électronique* 2018, étude 3; *Chomiak de Sas*, Un droit autonome pour les voitures autonomes, *Rev. Lamy Dr. Immatériel* 2017 (n° 133), pp. 52-56; *Mendoza-Caminade*, Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots: vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ?, *D.* 2016, pp. 445-448 ; les contributions au dossier « Les véhicules autonomes : Études et observations des risques », in : *Riseo* 2018 (n° 1) ainsi qu'*Andreu* (sous la dir.), Des voitures autonomes. Une offre de loi, Dalloz, 2018. – Les études en langue allemande sont devenues très nombreuses au cours des cinq dernières années. V. en dernier lieu *Oppermann/Stender-Vorwachs* (sous la dir.), *Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, C. H. Beck, 2^e éd. 2019, passim ainsi que *Freise*, *Rechtsfragen des automatisierten Fahrens*, *VersR* 2019, pp. 65-74.

civile et d'assurance qui sont susceptibles de s'appliquer à un accident de la circulation. La médiatisation (parfois excessive) des premiers accidents causés par des véhicules autonomes aux États-Unis et en Chine⁸ et les expérimentations lancées en France et en Allemagne ont conduit à prendre conscience de l'actualité et de l'importance de cette question.⁹

Encore faut-il savoir ce qu'il faut précisément entendre par véhicule autonome. Pouvant être définies comme des « véhicule[s] terrestre[s] à moteur apte[s] à rouler sur la voie publique ou privée et doté[s] de dispositifs permettant à l'utilisateur de déléguer au véhicule des fonctions relevant de la conduite », ¹⁰ les voitures autonomes sont catégorisées en fonction de leur niveau d'automatisation. La classification la plus courante est celle de la *Society of Automotive Engineers* (SAE) qui en prévoit six, allant de la simple aide à la conduite (niveaux 0 et 1) à l'automat-

⁸ Pour une liste à jour des accidents impliquant un véhicule autonome, v. not. le site internet https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_self-driving_car_fatalities consulté le 4 juin 2019.

⁹ Cette étude reprend et développe les réflexions dont nous avons fait état dans l'ouvrage collectif *Andreu* (sous la dir.), *Des voitures autonomes. Une offre de loi*, Dalloz, 2018, n^{os} 02.01 et s. V. aussi *Borghetti*, *L'accident généré par l'intelligence artificielle*, *Le droit civil à l'ère numérique*, JCP G 2017 (numéro spécial), p. 23 ; *Coulon*, *Du robot en droit de la responsabilité civile : à propos des dommages causés par les choses intelligentes*, *Resp. civ. assur.* 2016, étude 6 ; *Courtois*, *Robots intelligents et responsabilité : quels régimes, quelles perspectives ?*, *Dalloz IP/IT* 2016, pp. 287-290 ; *Monot-Fouletier/Clément*, *Véhicule autonome: vers une autonomie du régime de responsabilité applicable?*, *D.* 2018, pp. 129-137 ; *Vinagiano-Viricel*, *Véhicule autonome: qui est responsable?* LexisNexis, 2019 ; en langue allemande *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Zivilrechtliche Haftung von Halter und Fahrer bei Einsatz (teil-) automatisierter Fahrfunktionen*, in : *Oppermann/ Stender-Vorwachs* (sous la dir.), *Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, C. H. Beck, 2^e éd. 2019, pp. 141-176.

¹⁰ *Andreu* (sous la dir.), *Des voitures autonomes. Une offre de loi*, Dalloz, 2018, n^o 00.01.

tisation complète du véhicule devenant ainsi totalement autonome (niveau 5).¹¹ Pour l'heure, l'expérimentation de véhicules de niveau 4, correspondant à une conduite autonome complète dans certaines situations, est autorisée en France¹² et en Allemagne.¹³

De manière générale, les législateurs français et allemand ont commencé à introduire un cadre réglementaire adapté à la circulation de véhicules autonomes et à leur expérimentation. Leur approche est toutefois légèrement différente. En France, la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a prévu une première phase d'expérimentation. Ce texte a été complété par une ordonnance du 3 août 2016 et un décret du 28 mars 2018, qui ont apporté des précisions sur les conditions d'une expérimentation à plus grande échelle de véhicules hautement automatisés. L'article 125 de la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dit « PACTE »), a introduit la possibilité de faire circuler des véhicules autonomes sans conducteur à bord et sur des « voies réservées aux transports collectifs ».¹⁴

En Allemagne, une loi fédérale du 16 juin 2017 a inséré dans la loi sur la circulation routière (*Straßenverkehrsgesetz*) de nouvelles dispositions destinées à adapter, de manière générale, la réglementation à la circulation de véhicules autonomes. Tout en introduisant une définition légale des « véhicules ayant une fonction de conduite hautement ou totalement automatisée », cette loi a adapté les conditions d'immatriculation des véhicules autonomes, les obligations qui pèsent sur l'utilisateur pendant

¹¹ SAE International, Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles, réf. J3016, 2018

https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/ consulté le 4 juin 2019.

¹² Ordonnance du 3 août 2016 et décret du 28 mars 2018 relatifs à l'expérimentation de véhicules à délégation de conduite sur les voies publiques.

¹³ Loi du 16 juin 2017 portant modification de la loi sur la circulation routière.

¹⁴ Art. 1^{er}-1 de l'ordonnance du 3 août 2016, telle que modifiée par l'article 125 de la loi.

la conduite ainsi que les conditions de garantie d'assurance.¹⁵ Conçue comme une réglementation-pilote à l'échelle internationale, la loi du 16 juin 2017 a également autorisé le gouvernement fédéral à réglementer, par voie d'ordonnance, la protection des données informatiques collectées par le véhicule.¹⁶

En dépit de ces initiatives législatives, la survenance d'un accident impliquant un véhicule autonome continue à susciter de nombreuses interrogations tant sur le plan du fondement du droit à réparation des victimes que sur celui de l'identification des débiteurs d'une indemnisation et de leurs éventuelles possibilités d'exonération. Pour y apporter des éléments de réponse, il faudra dans un premier temps dresser un état des lieux des différents régimes de responsabilité applicables (I.) avant d'approfondir deux d'entre eux, à savoir le régime spécial de responsabilité applicable aux accidents de la circulation (II.) et celui régissant les dommages causés par des produits défectueux (III.). Enfin, il n'est pas exclu que la législation applicable aux véhicules autonomes connaisse, dans les années à venir, des évolutions plus profondes dont il conviendra d'esquisser les grandes lignes (IV).

I. L'aperçu des régimes de responsabilité applicables

Le socle du droit de la responsabilité est constitué par la responsabilité du fait personnel qui, dans les deux ordres juridiques, est subordonnée à la preuve d'une faute (art. 1240 du Code civil français) ou d'un fait illicite (§ 823 alinéa 1^{er} du BGB). Ce régime de responsabilité de base n'est cependant guère utile en

¹⁵ Pour une présentation analytique de cette loi, v. not. *König*, Gesetzgeber ebnet Weg für automatisiertes Fahren – weitgehend gelungen, *NZV* 2017, pp. 249-253 (appréciation positive); *Schirmer*, Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagsstück, *NZV* 2017, pp. 253-257 (appréciation très critique).

¹⁶ Sur cette question, v. *Schmid/Wessels*, Event Data Recording für das hoch- und vollautomatisierte Kfz – eine kritische Betrachtung der neuen Regelungen im StVG, *NZV* 2017, pp. 357-364.

présence d'un accident de la circulation impliquant un véhicule autonome. En droit français, la jurisprudence écarte la responsabilité pour faute de l'article 1240 du Code civil en présence d'un accident de la circulation qui relève du champ d'application de la loi du 5 juillet 1985.¹⁷ Si, en droit allemand, cette application exclusive n'est pas consacrée pour le régime spécial issu de la loi sur la circulation routière (*Straßenverkehrsgesetz, StVG*),¹⁸ on peut cependant noter que, dans l'immense majorité des cas, une responsabilité sans faute du gardien du véhicule peut être retenue sans qu'il soit besoin de prouver l'illicéité (*Verschulden*) d'un comportement du conducteur ou d'une autre personne telle que le fabricant du véhicule. L'introduction d'un régime spécial de responsabilité sans faute dans les deux systèmes juridiques a ainsi marginalisé quelque peu la responsabilité subjective en matière d'accidents de la circulation.¹⁹

Que ce soit en France ou en Allemagne, il existe des régimes particuliers qui s'appliquent spécifiquement aux dommages résultant d'un accident de la route. En droit français, il s'agit de la loi du 5 juillet 1985, dite « loi Badinter », qui institue un régime de responsabilité assorti d'une procédure de règlement à l'amiable mise en œuvre par l'assureur automobile du véhicule impliqué ou, à défaut, par le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO). En Allemagne, un régime comparable a été introduit par la loi du 19 décembre 1952 sur la circulation routière.²⁰ Par cette loi, le législateur allemand a

¹⁷ V. en dernier lieu Crim., 11 mars 2014, n° 12-86.769, *Resp. civ. et assur.* 2014, comm. 192, obs. *Groutel*.

¹⁸ La responsabilité pour fait illicite est surtout importante dans les cas où les dommages causés par l'accident dépassent les plafonds de responsabilité prévus par le § 12 al. 1^{er} StVG (cinq millions d'euros pour les dommages corporels et un million d'euros pour les dommages matériels).

¹⁹ Pour une comparaison de la responsabilité pour fait illicite de droit commun et la responsabilité selon la StVG, v. *Greger/Zwickel*, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, de Gruyter, 5^e éd. 2014, § 10 n° 2.

²⁰ Pour une présentation de ce régime en langue française, *Berg*, *La responsabilité du fait des accidents de la circulation. Rapport allemand in* : *Gerca* (sous

prévu des règles de responsabilité spécifiques pour faciliter l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Elles s'appliquent à tout dommage corporel ou matériel dû à un accident de la circulation provoqué par un véhicule à moteur (*Kraftfahrzeug*) ou une remorque (*Anhänger*). A la différence du régime français qui a largement éliminé l'idée de faute en garantissant une indemnisation quasi-automatique de la victime par l'intermédiaire d'une responsabilité sans faute du gardien et du conducteur, le droit allemand ne prévoit une responsabilité objective qu'à la charge du gardien (*Halter*) du véhicule (§ 7 al. 1^{er} StVG), le conducteur étant responsable sur la base d'une présomption, réfragable, de sa faute (§ 18 StVG).

Au-delà de la responsabilité pour faute ou fait illicite et du régime spécial de responsabilité du fait des accidents de la circulation, on peut encore penser à la responsabilité du fait des produits défectueux, issu des lois de transposition de la directive 85/374. La voiture autonome est d'abord un véhicule, mais elle est également un produit qui peut, comme tout autre bien manufacturé, présenter un défaut de sécurité à l'origine d'un accident. Loin d'être tenue de s'adresser aux seuls conducteur et gardien du véhicule ou à l'assureur automobile, une personne qui estimerait avoir subi un dommage causé par le fonctionnement défectueux d'un véhicule autonome pourrait donc également rechercher la responsabilité du fabricant en vertu des articles 1245 et suivants du Code civil français ou des § 1^{er} et suivants de la loi allemande sur la responsabilité du fait des produits défectueux (*Produkthaftungsgesetz, ProdHaftG*).

Plus importante qu'il n'y paraît de prime abord, la mise en œuvre de la responsabilité du fabricant peut aussi s'avérer décisive pour les recours en contribution des assureurs automobile après indemnisation des victimes. Dans les deux pays, le versement de dommages-intérêts par les assureurs de responsabilité

la dir.), L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe, Bruylant, 2015, pp. 15-24.

donne droit à une subrogation dans les droits de la victime²¹ ou à une cession légale de créance (*gesetzlicher Forderungsübergang*),²² permettant à l'assureur de recouvrer tout ou partie des indemnités auprès d'un tiers responsable, tel que le fabricant, et de son propre assureur de responsabilité.

Parmi les trois régimes de responsabilité présentés dans cet aperçu général, ceux applicables aux accidents de la circulation et aux produits défectueux suscitent les questions les plus délicates en matière de véhicules autonomes.²³

II. Les régimes de responsabilité et d'indemnisation applicables aux accidents de la circulation

En raison des différences entre les deux systèmes juridiques, il sera d'abord question de l'application de la loi française du 5 juillet 1985 (A), puis de celle de la loi allemande sur la circulation routière, telle qu'amendée par la loi du 16 juin 2017 (B).

1. Le droit français : la loi du 5 juillet 1985 et les véhicules autonomes

Selon l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, le régime spécial de responsabilité s'applique « aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur », ce qui suppose l'existence d'un accident de la circulation, celle d'un véhicule terrestre à moteur et l'implication de ce

²¹ En droit français, la subrogation peut être conventionnelle (au moyen d'une quittance subrogative) ou d'origine légale (article L. 121-12 al. 1^{er} C. assur. et article 1346 C. civ.).

²² En droit allemand, le fondement de cette cession se trouve au § 86 de la loi sur les contrats d'assurance (*Versicherungsvertragsgesetz*).

²³ On pourrait également évoquer la responsabilité de l'État pour défaut d'entretien normal des infrastructures routières, qui pourrait prendre une importance accrue avec l'essor des véhicules autonomes (sur ce point, v. en langue française *Vingiano-Viricel*, Véhicule autonome : qui est responsable ?, LexisNexis, 2019, n^{os} 97 et s.).

dernier dans l'accident. Bien qu'elle ne l'indique pas expressément, la loi attribue le devoir de réparer le dommage²⁴ aux gardien et conducteur du véhicule impliqué,²⁵ ces deux qualités étant le plus souvent réunies sur la tête d'une seule personne. Ce n'est que dans des cas particuliers, notamment en présence d'un conducteur salarié, qu'une condamnation *in solidum* du conducteur et du gardien du véhicule est en principe envisageable. Toutefois, il ne faut pas surestimer l'importance de la question de l'identité du responsable civil, la loi du 5 juillet 1985 ayant prévu une procédure d'indemnisation qui repose sur les épaules de l'assureur automobile qui s'interroge davantage sur la couverture assurantielle du véhicule impliqué que sur celle de son conducteur ou de son gardien.

L'identification de la personne du conducteur revêt une plus grande importance s'agissant des limites du droit à indemnisation de la victime. En effet, la loi du 5 juillet 1985 fait dépendre l'effet exonératoire d'une faute de la victime de son statut au moment du dommage. Il est ainsi prévu à l'article 4 que « la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subi », ce qui a fait dire à certains commentateurs que les victimes conductrices furent « sacrifiées » par la loi Badinter.²⁶

De prime abord, l'application de ce régime de responsabilité aux accidents dans lesquels sont impliqués des véhicules, ne paraît guère soulever de difficultés juridiques. Un rapport du

²⁴ Le dommage doit évidemment être imputable à l'accident, ce qui exclut les dommages ne pouvant être attribués au fait d'un véhicule terrestre à moteur.

²⁵ C'est de l'article 2 selon lequel « les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article 1^{er} », que l'on a pu déduire que conducteur et gardien sont désignés comme débiteurs de l'indemnisation.

²⁶ Viney/Jourdain/Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4^e éd. 2017, n° 30 ainsi que Lamy Droit de la responsabilité, étude 311, n° 311-82. Rappr. Hocquet-Berg, *Les inégalités entre les victimes*, Resp. civ. assur. 2012, dossier 14, spéc. n°s 17 et s.

gouvernement français de mai 2018 pouvait ainsi affirmer que la loi « semble pouvoir s'appliquer aux véhicules automatisés, même sans aucun conducteur à bord. L'absence de conducteur ou de maîtrise par un conducteur est ainsi indifférente, tant pour l'application du régime de responsabilité que pour l'obligation d'assurance de responsabilité civile. L'indemnisation des victimes demeurerait fondée sur la notion d'implication du véhicule automatisé ». ²⁷ Peut-être faut-il tout de même y porter une appréciation plus nuancée, l'architecture même du régime pouvant susciter des difficultés en présence d'un accident impliquant un véhicule autonome.

Si l'on s'en tient à l'essentiel, ²⁸ la difficulté principale concerne la notion de conducteur. D'après la jurisprudence, le conducteur est celui qui était aux commandes au moment de l'accident, c'est-à-dire la personne qui « conserve [...] une certaine maîtrise dans la conduite du véhicule ». ²⁹ Cette définition pourra être source d'incertitudes, lorsque le défendeur se sera déplacé au moyen d'une voiture autonome.

Comme nous l'avons vu, le véritable enjeu de la qualification de conducteur ne se situe pas tant sur le plan de l'établissement d'un droit à indemnisation des victimes. En effet, à supposer qu'un véhicule autonome circule de manière totalement autonome, sans personne à bord, ou qu'un utilisateur ne puisse être qualifié de conducteur à défaut de maîtriser le véhicule, le devoir d'indemnisation continuerait à peser sur le gardien. Le propriétaire étant présumé gardien de son véhicule, une responsabilité pourra tout de même être établie avec certitude, de sorte que

²⁷ Ministère de la transition écologique et solidaire, Développement du véhicule automatisé : Orientations stratégiques pour l'action publique, 2018, p. 37 <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/9op%20VDEF.pdf> consulté le 4 juin 2019.

²⁸ Pour une analyse plus approfondie, v. *Andreu* (sous la dir.), Des voitures autonomes. Une offre de loi, Dalloz, 2018, n^{os} 02.71 et s.

²⁹ Ainsi la formule de l'arrêt Civ. 2, 14 janvier 1987, n^o 85-14.655.

l'assureur automobile prendra en charge l'indemnisation des victimes.³⁰

La principale incertitude se situe sur le terrain des causes d'exonération. Lorsque l'utilisateur principal d'une voiture autonome sera lui-même victime de l'accident, l'ampleur de son indemnisation dépendra directement, on le rappelle, de la détermination de son statut de conducteur ou de non-conducteur et du caractère fautif ou non de son comportement au moment de l'accident. Or, cette question dépend étroitement du niveau d'autonomie du véhicule en question, de l'état d'activation du dispositif de délégation de conduite ainsi que des obligations qui pèsent sur l'utilisateur. En présence d'une voiture faiblement autonome ou en l'absence de système de délégation de conduite en état de fonctionnement, l'utilisateur sera plus facilement assimilé à un conducteur que dans une voiture hautement autonome qui permet à son utilisateur de se désintéresser totalement de la conduite. On comprend dès lors l'importance des règles de sécurité en la matière qui peuvent imposer aux utilisateurs l'obligation de maintien d'une vigilance minimale ayant pour but de leur permettre une reprise en main dans un laps de temps réduit. Rappelons en effet que, selon la jurisprudence, c'est bien la capacité de reprendre rapidement la maîtrise du véhicule qui justifie d'assimiler à un conducteur un moniteur d'auto-école sur lequel pèse une obligation de surveillance.³¹

En se limitant aux conditions d'expérimentation des véhicules automatisés, les textes législatifs et réglementaires adoptés

³⁰ À moins que le propriétaire du véhicule ne parvienne à renverser la présomption de garde en démontrant avoir perdu « l'usage, le contrôle et la direction » du véhicule au profit du constructeur ou du concepteur du logiciel de conduite.

³¹ Civ. 2e, 29 juin 2000, n° 98-18.847 : « la marche du véhicule ne se faisait que sous le contrôle de ce moniteur, seul titulaire du permis de conduire, qui pouvait à tout moment retirer à l'élève la maîtrise du véhicule en intervenant directement et personnellement dans la conduite [...] c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que Mme Y..., ne disposant donc pas des pouvoirs de commandement, ne pouvait être considérée comme coconducteur ».

au cours de ces dernières années n'ont guère apporté d'éléments de réponse à ces interrogations. Tout au plus peut-on lire à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 août 2016, tel que modifié par la loi PACTE, que « la délivrance de l'autorisation est subordonnée à la condition que le système de délégation de conduite puisse être à tout moment neutralisé ou désactivé par le conducteur » et qu'« en l'absence de conducteur à bord, le demandeur fournit les éléments de nature à attester qu'un conducteur situé à l'extérieur du véhicule sera prêt à tout moment à prendre le contrôle du véhicule et sera en mesure de le faire ». Si ces dispositions admettent donc l'existence d'un conducteur qui puisse être « situé à l'extérieur du véhicule », elles ne résolvent pas pour autant la question des obligations qui pèsent sur celui-ci et ne se prononcent ni sur le statut juridique des utilisateurs à bord, ni sur la qualité juridique des utilisateurs de véhicules à délégation partielle de conduite en dehors d'une expérimentation dans les termes de l'ordonnance.

En modifiant la loi sur la circulation routière, le législateur allemand a cherché à régler ces questions avec davantage de précision.

2. Le droit allemand : la loi sur la circulation routière et les véhicules autonomes

En vertu de la loi allemande sur la circulation routière, le conducteur (*Fahrzeugführer*) du véhicule est responsable des dommages causés par un accident de la circulation sur le fondement d'une présomption d'illicéité (*Haftung für vermutetes Verschulden*). Aux termes du § 18 StVG, le conducteur peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de fait illicite, notamment en présence d'un accident qui était dû à un défaut technique du véhicule non imputable au conducteur ou lorsque

le conducteur peut prouver avoir observé un comportement conforme au Code de la route (*Straßenverkehrsordnung*).³²

Le régime de responsabilité est plus rigoureux s'agissant du gardien du véhicule (*Fahrzeughalter*). Contrairement au droit français, on entend par là toute personne qui a la possession immédiate du véhicule et l'utilise habituellement « pour son compte et à ses frais », peu importe sa qualité de propriétaire ou de détenteur au sens administratif.³³ Selon le § 7 al. 2 StVG, le gardien est soumis à une responsabilité objective pour les dommages causés par le véhicule, sauf s'il apporte la preuve que l'accident est dû « à un cas de force majeure ».

La loi du 16 juin 2017 a inséré dans la loi sur la circulation routière des dispositions spécifiques aux véhicules autonomes. Celles-ci s'appliquent aux « véhicules ayant une fonction de conduite hautement ou pleinement automatisée » avec cette précision que l'utilisateur de tels véhicules doit être considéré comme un conducteur au sens du § 18 StVG. Bien que le législateur allemand ait pris le parti d'un ajustement général des règles sur la responsabilité en optant pour une réforme qui dépasse les seules expérimentations, ces nouvelles mesures législatives n'en soulèvent pas moins des interrogations.

Tout d'abord, on peut reprocher à ces dispositions d'exclure de leur champ d'application les véhicules pleinement autonomes (niveau 5) qui circuleront, fût-ce à titre expérimental, sans conducteur à bord, et d'être en retrait par rapport à l'objectif politique d'une réforme précurseure en Europe et dans le

³² V. not. BGH, 16 mars 1976, réf. VI ZR 62/75, NJW 1976, p. 1504 ; Greger/Zwickel, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, de Gruyter, 5^e éd. 2014, § 4 n^{os} 22 et s. (avec d'autres références).

³³ Jurisprudence constante. V. par exemple BGH, 22 mars 1983, réf. VI ZR 108/81, BGHZ 87, p. 133. – Sur cette notion en langue française, v. Berg, La responsabilité du fait des accidents de la circulation. Rapport allemand, in : GRERCA (sous la dir.), *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en Europe*, Bruylant, 2015, pp. 15-24, spéc. p. 18.

monde.³⁴ Ensuite, en précisant les devoirs qui incombent à l'utilisateur, réputé conducteur en vertu de la loi, le législateur a cherché à clarifier l'application des règles sur la responsabilité. Or, cette précision semble surtout destinée à permettre à l'assureur automobile d'opposer plus facilement un comportement fautif au conducteur en arguant du fait que celui-ci n'a pas repris à temps le contrôle du véhicule.³⁵ Si ce choix peut s'entendre sur le plan de la politique juridique, il devient une source de contentieux dès lors que la situation de circulation pouvait être interprétée de différentes manières et que le système de délégation de conduite n'a pas indiqué la nécessité d'une reprise en main. On peut même interpréter ces textes dans un sens où le conducteur peut se voir opposer sa faute, alors qu'une reprise en main n'aurait pas permis d'éviter l'accident.³⁶

Alors que droit français et droit allemand se différencient ainsi sur l'application du régime spécial applicable aux accidents de la circulation, la mise en œuvre du régime relatif aux dommages causés par les produits défectueux est similaire dans les deux pays.

III. Le régime de responsabilité applicable aux produits défectueux

Comme cela a été vu précédemment,³⁷ la responsabilité du fabricant peut également être recherchée à la suite d'un accident impliquant un véhicule autonome, que ce soit par la victime ou

³⁴ *Schirmer*, Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagstück, *NZV* 2017, p. 253. Pour une appréciation plus nuancée *Freise*, Rechtsfragen des automatisierten Fahrens, *VersR* 2019, p. 65, spéc. p. 66 (l'auteur met en garde contre les risques d'une autorisation prématurée de ce genre de véhicules).

³⁵ Sur cette question, *Freise*, Rechtsfragen des automatisierten Fahrens, *VersR* 2019, p. 65, spéc. p. 73 et s. ; *Hammel*, Haftung und Versicherung bei Personenkraftwagen mit Fahrerassistenzsystemen, éd. VVW, 2016, p. 72 et s.

³⁶ *Schirmer*, Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagstück, *NZV* 2017, p. 253, spéc. p. 256.

³⁷ *V. supra* sous I.

(plutôt) par l'assureur automobile qui, après indemnisation, cherchera à recouvrer tout ou partie des indemnités versées. En droit français, c'est l'article 1245 du Code civil qui constitue le fondement d'une telle responsabilité. Selon cette disposition, « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime », ce qui correspond peu ou prou à l'article 1^{er} de la loi allemande sur la responsabilité du fait des produits défectueux (*Produkthaftungsgesetz, ProdHaftG*).³⁸

Issu de la directive communautaire 85/374/CEE, ce régime permet de rechercher la responsabilité du fabricant d'un produit qui, par son caractère défectueux, a provoqué le dommage. Pour qu'il puisse trouver application, le demandeur doit alors démontrer que son dommage a été causé par un produit au sens de la directive, que celui-ci a été mis en circulation et surtout que le produit a été défectueux, c'est-à-dire qu'il n'offrait pas « la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre » (art. 1245-3 al. 1^{er} C. civ. et § 3 al. 1^{er} ProdHaftG).

En l'état actuel des choses, il n'est guère aisé de prédire les difficultés de mise en œuvre du régime de responsabilité du fait des produits défectueux en présence d'un accident impliquant un véhicule autonome. À notre connaissance, ni en France, ni en Allemagne, les juridictions ne se sont pour l'heure penchées sur son application à un véhicule doté d'un certain degré d'autonomie et dont le caractère défectueux aurait été invoqué par le demandeur. Cette absence de données judiciaires n'empêche

³⁸ Pour une traduction en langue française de cette loi, *Witz/Zierau*, La responsabilité du fait des produits défectueux en droit allemand après la loi du 15 novembre 1989, *JCP E* 1990, p. 544 ; V. aussi *Fromont/Knetsch*, Droit privé allemand, Lextenso, 2^e éd. 2017, n^{os} 394 et s. – Contrairement au droit français, le régime issu de la directive 85/374/CEE n'a pas évincé le régime préexistant fondé sur la responsabilité pour fait illicite (*deliktische Produzentenhaftung*) dont le champ d'application est plus large.

cependant pas d'esquisser les incertitudes qui pourraient se présenter dans la pratique, lesquelles se situent principalement sur trois plans.

1. L'identification du « produit »

La première difficulté provient de la nécessité d'identifier le « produit » à l'origine du dommage, démarche indispensable pour déterminer les débiteurs de la réparation.

En créant un régime de responsabilité autonome du fait des produits défectueux, les autorités communautaires ont souhaité introduire une législation qui soit adaptée à l'essor de la distribution en masse de biens produits en série.³⁹ Aussi bien l'article 1245-2 du Code civil que le § 2 ProdHaftG visent « tout bien meuble », même s'il est incorporé dans un immeuble ou dans un autre bien meuble. Ce champ d'application très large du régime spécial permet sans peine de qualifier ainsi un véhicule, qu'il soit autonome ou non. Plusieurs décisions de la Cour de cassation et de la Cour fédérale de justice ont d'ailleurs appliqué les articles 1245 et suivants à des véhicules qui présentaient des défauts de sécurité.⁴⁰

Compte tenu du processus de fabrication des véhicules modernes, leur appréhension comme un tout n'est cependant pas la seule approche possible. L'article 1245-7 C. civ. et les §§ 4 et 5 ProdHaftG permettent en effet au demandeur de rechercher la responsabilité solidaire des fabricants de « partie[s] composante[s] » et de celui qui a fabriqué le produit fini. Or, les évolutions dans le secteur de l'automobile de ces dernières décennies ont conduit à une augmentation massive d'approvisionnements

³⁹ Dir. 85/374, cons. 3. Pour une présentation plus détaillée de la question, *Viney/Jourdain/Carval*, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité, LGDJ, 4^e éd. 2017, n° 30 ; *Molfessis*, Les produits en cause, Petites Affiches 28 décembre 1998, p. 20.

⁴⁰ V. par exemple Civ. 1, 3 mai 2006, n° 04-10.994 et 11 janvier 2017, n° 16-11.726 ainsi que BGH, 16 juin 2009, réf. VI ZR 107/08, *BGHZ* 181, p. 253.

extérieurs et, partant, à une multiplication de composants du véhicule. On estime aujourd'hui à 30 000 le nombre de pièces dont est composée une voiture de tourisme ; quant aux taux d'externalisation des principaux constructeurs automobiles, ils oscillent entre 70 et 80 %.⁴¹

Les véhicules autonomes n'échappent évidemment pas à ce phénomène, bien au contraire. En raison de leur haut degré de technicité, leur fabrication fait intervenir un nombre important d'équipementiers qui deviennent alors tous des responsables potentiels. Encore faut-il que le demandeur identifie le produit incorporé qui est à l'origine du dommage et en détermine le fabricant, ce qui pourra s'avérer difficile, voire impossible dans la pratique. La victime rencontrera encore plus de difficultés, si la composante qui peut être à l'origine de l'accident est un logiciel.

Comparés aux véhicules traditionnels, les véhicules autonomes se distinguent en effet par la place qu'y occupent les logiciels conçus pour collecter et analyser les données et prendre des décisions de conduite adaptées à une situation de circulation déterminée. L'intégration de logiciels de pilotage autonome n'empêche pas de qualifier le véhicule tout entier de produit défectueux. En effet, la mise en œuvre d'un logiciel au sein d'un système technique plus large (on parle alors de « système embarqué » [*embedded system*]) n'est pas un obstacle à l'application des règles sur la responsabilité du fait des produits défectueux, quand bien même l'origine de l'accident se situerait à l'interface entre logiciel et système automobile mécanique.

En revanche, la qualification juridique des logiciels suscite davantage d'interrogations. Le champ d'application matériel de la directive 85/374/CEE se limitant aux « meuble[s] »,⁴² on peut en effet se demander s'il convient d'appliquer aux fabricants

⁴¹ Freyssenet, Comparaison des taux d'externalisation de Fiat Auto, PSA, Renault et VW 1945-2015, 2013; <http://freyssenet.com/?q=node/1898> consulté le 4 juin 2019.

⁴² Art. 2 de la directive 85/374/CEE.

d'un logiciel de pilotage le régime de responsabilité du fait des produits défectueux d'origine européenne. Certains auteurs ont avancé qu'à défaut de règle contraire, le régime a vocation à s'appliquer indistinctement aux choses corporelles et aux choses incorporelles.⁴³ Dans la réponse à une question ministérielle, le ministre français de la Justice a également fait savoir que « la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux a vocation à englober l'intégralité de la catégorie juridique des meubles, à laquelle appartiennent les logiciels ». ⁴⁴ La doctrine allemande tend aussi à admettre une application par analogie du régime spécial.⁴⁵

Il n'est pas certain cependant que cette conception extensive serait également celle des juges (français, allemands ou européens) en cas de litige. La précision à l'article 2 in fine de la directive 85/374/CEE selon laquelle « le terme « produit » désigne également l'électricité » peut faire douter que, dans l'esprit du législateur européen, toutes les choses incorporelles aient été visées par le texte.⁴⁶ Si l'on peut contourner cette difficulté en considérant que le produit défectueux n'est pas le logiciel, mais son support matériel (CD-ROM, disque dur, clé USB), il est néanmoins très fréquent aujourd'hui que l'intégration d'un logiciel se fasse de façon dématérialisée au sein de la ligne de fabrication, que ce soit par internet ou par une autre forme de communication sans-fil (Bluetooth). En définitive, l'étroitesse de la notion

⁴³ V. en langue française *Testu/Moistry*, La responsabilité du fait des produits défectueux. Commentaire de la loi no 98-389 du 19 mai 1998, *D. affaires* 1998 (suppl. au n° 125), p. 3.

⁴⁴ Question n° 15677, *JOAN* 24 août 1998, p. 4728.

⁴⁵ *Wagner*, *Produkthaftung für autonome Systeme*, AcP 2017 (vol. 217), p. 707, spéc. p. 717 et s. avec d'autres références.

⁴⁶ *Borghetti*, La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé, LGDJ, 2004, n° 494 ; *Tricoire*, La responsabilité du fait des choses immatérielles, in : *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 983 ; *Coulon*, Du robot en droit de la responsabilité civile : à propos des dommages causés par les choses intelligentes, art. préc., spéc. n° 12 ; *Borghetti*, L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome, art. préc., spéc. n° 30.

de produit est susceptible de faire obstacle à la responsabilité du concepteur du logiciel de pilotage.

Dans l'hypothèse où l'on pourrait qualifier de « produits » les composantes du véhicule que le demandeur aurait identifiées comme étant à l'origine de l'accident, la fragmentation du véhicule rend alors considérablement plus difficiles l'établissement des responsabilités et leur articulation. Certes, la multiplicité des responsables (constructeur automobile, fabricants des composantes, importateur,⁴⁷ etc.) est dans le même temps une garantie pour une victime en quête d'indemnisation. Néanmoins, le passage d'une analyse globale à une vision plus fragmentée du véhicule suppose de surmonter les difficultés d'identification des composantes défectueuses. Surtout, ce glissement conduit à une complexification de l'analyse juridique, en particulier au regard des multiples recours subrogatoires que les assureurs automobile pourraient alors contre les différents fabricants sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux.

2. La preuve du défaut de sécurité

La seconde difficulté est liée à la preuve du défaut de sécurité qui incombe au demandeur conformément à l'article 1245-8 du Code civil français et au § 1^{er} al. 4 ProdHaftG.

Les défauts de sécurité d'un produit reconnus comme tels par la jurisprudence peuvent être regroupés en trois catégories : les défauts de fabrication, les défauts de conception ainsi que les défauts caractérisés par un manque d'information sur les risques inhérents au produit.⁴⁸

⁴⁷ L'assimilation de l'importateur au producteur, prévue à l'article 1245-5 al. 2 du Code civil, permet en effet d'assigner également le distributeur de véhicules autonomes fabriqués par des constructeurs ayant leur siège social en dehors de l'Union européenne.

⁴⁸ Pour un panorama des différents types de défauts de sécurité, v. not. en langue française *Caillé*, Répertoire civil Dalloz, v^o Responsabilité du fait des

Les *défauts de fabrication* se caractérisent par une non-conformité du produit au plan de montage du fabricant. Des erreurs d'assemblage ainsi que des défauts liés à la mauvaise qualité des matières premières ne soulèvent guère de difficulté particulière, lorsqu'ils touchent les matériels d'un véhicule, qu'il soit autonome ou traditionnel. S'agissant des logiciels de pilotage, un défaut de fabrication pourrait se produire, notamment lorsque le transfert vers le système informatique du véhicule, au moment de l'installation, a été incomplet ou incorrect.

Les *défauts de conception* appellent davantage de remarques. Il s'agit de défauts qui affectent le plan de fabrication même du produit, tel qu'élaboré par le fabricant. Ce sont ces défauts qui revêtent une importance particulière pour des produits innovants, tels que les véhicules autonomes, car les périodes d'essais ne permettent pas toujours de disposer du recul nécessaire pour identifier l'ensemble des risques. Ils peuvent concerner à la fois les composantes « corporelles » du véhicule et celles qui sont incorporelles, c'est-à-dire essentiellement les logiciels de pilotage.

L'éventualité d'une programmation incorrecte des logiciels ou d'une mauvaise coordination avec les composantes « dures » conduit à s'interroger sur la détermination concrète du niveau de « sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Or, en présence de technologies à risques, il ne saurait être question d'assimiler systématiquement la seule survenance d'un accident à un défaut de sécurité, car il n'existe pas de droit à une sécurité absolue en matière de responsabilité du fait des produits.⁴⁹ S'il

produits défectueux, 2013, n^{os} 48 et s. ; en langue allemande, *Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme* art. préc., spéc. p. 724.

⁴⁹ *Viney/Jourdain/Carval, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité, LGDJ*, 4^e éd. 2017, n^o 24 : Le producteur ne garantit pas que ses produits ne causeront pas de dommages consistant en des atteintes à la sécurité des personnes et des biens, mais seulement qu'ils ne présenteront aucune défectuosité de nature à causer de tels dommages ; il ne garantit pas la sécurité, mais seulement l'absence d'un risque excessif concernant la sécurité ». Dans le

est vrai que les fabricants de véhicules autonomes mettent en avant l'augmentation du niveau de sécurité routière, on ne peut attendre des logiciels de pilotage ou, plus largement, de la conception d'un véhicule autonome qu'il procure aux usagers de la route la garantie d'une sécurité absolue, c'est-à-dire d'une absence totale d'accidents.

Pour apprécier un défaut de conception, la jurisprudence s'appuie régulièrement sur les normes techniques et administratives qui régissent le développement de nouveaux produits. Dans le secteur automobile, les standards issus de la norme ISO 26262 relative aux systèmes de sécurité dans les véhicules routiers à moteurs⁵⁰ constituent un corps de règles qui reflètent l'état actuel des sciences et par rapport auxquelles on peut apprécier l'existence d'un défaut de sécurité qui trouve son origine dans la conception du véhicule ou de ses composantes.

Aussi précieux soient-ils, ces standards ne forment cependant qu'un point de départ pour l'appréciation du défaut, leur formulation étant assez ouverte et, surtout, leur contenu n'étant que partiellement adapté aux véhicules autonomes. Si la norme ISO 26262 porte sur la sécurité de systèmes électroniques automobiles, sa version datant de 2018 n'intègre pas encore les aspects spécifiques aux véhicules dotés d'un logiciel de pilotage autonome. Bien qu'il existe depuis janvier 2019 une nouvelle norme ISO 21448 traitant des fonctions de délégation de conduite,⁵¹ la simple existence de ces deux réglementations *techniques* ne dispense pas d'une détermination *juridique* du niveau de sécurité auquel un véhicule autonome doit se conformer.

même sens en langue allemande *Greger/Zwikel*, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, de Gruyter, 5^e éd. 2014, § 6 n° 3 (« Totale Sicherheit kann vom Verkehr nicht verlangt werden [...] »).

⁵⁰ La version de 2018 de l'ISO 26262 peut être consultée, en accès payant, sur le site internet de l'Organisation internationale de normalisation : <https://www.iso.org/fr/standard/68383.html> consulté le 4 juin 2019.

⁵¹ Le texte de l'ISO 21448 peut être consulté, en accès payant, sur le site internet suivant : <https://www.iso.org/fr/standard/70939.html> consulté le 4 juin 2019.

Plusieurs approches sont possibles à cet égard. Le juge pourrait tout d'abord appliquer une approche anthropocentrique et retenir un défaut de conception à chaque fois que le véhicule autonome n'a pas réagi à une situation de circulation de la même manière qu'une personne raisonnable. Tel serait notamment le cas lorsque la conduite automatisée a été non conforme aux règles du Code de la route ou le système n'a pas décelé un obstacle facilement identifiable pour un être humain.⁵² Il n'est pas certain toutefois qu'une telle approche soit suffisante pour l'identification d'un défaut de sécurité, car il ne s'agit pas uniquement d'apprécier la décision concrète prise par le système informatique dans la situation litigieuse, mais aussi la conception initiale des logiciels de pilotage autonome et sa capacité à « apprendre ».⁵³ De plus, les accidents provoqués par un véhicule autonome ne sont pas de la même nature que ceux provoqués par un véhicule traditionnel, 30 % des accidents étant actuellement imputables à la fatigue des conducteurs. Aussi paraît-il opportun de combiner la première approche avec une seconde qui vise le système d'information en tant que tel et qui permet de retenir un défaut à chaque fois que le logiciel de pilotage comporte un « point aveugle » qui aurait pu être décelé lors de la programmation.⁵⁴

La jurisprudence a élargi la notion de défaut de sécurité au *défaut d'information* sur les risques que peut présenter le produit.⁵⁵ Cette solution résulte notamment de l'article 1245-3 al. 2 du Code civil français et du § 3 al. 1^{er} ProdHaftG selon lesquels dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circon-

⁵² Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, art. préc., spéc. p. 733.

⁵³ Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, art. préc., spéc. p. 735 et s.

⁵⁴ Andreu (sous la dir.), Des voitures autonomes. Une offre de loi, Dalloz, 2018, n° 02.224.

⁵⁵ Revel, JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 436-10, n° 13 avec d'autres références.

stances et notamment de la présentation du produit ». Appliquée aux véhicules autonomes, l'exigence d'une information suffisante sur les risques encourus impose au fabricant de formuler des mises en garde et des instructions qui permettent aux utilisateurs, qu'ils soient habituels ou occasionnels, de comprendre le fonctionnement du véhicule et les limites de son autonomie. En particulier, il faudra veiller à ce que l'utilisateur saisisse les risques d'un comportement qui pourrait nuire au bon fonctionnement des systèmes de conduite autonome, le cas échéant au moyen d'une formation pratique dispensée en vue de l'attribution d'un permis de conduire spécifique.

3. Les causes d'exonération du fabricant

La troisième source de difficultés est liée aux causes d'exonération prévues au bénéfice du producteur.

À l'article 1245-10 al. 1, 2° du Code civil et au § 1^{er} al. 2 n° 2 ProdHaftG, les législateurs français et allemand ont prévu que le producteur échappe à sa responsabilité si, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement. Si cette cause d'exonération semble de bon sens, sa pertinence s'agissant des voitures autonomes peut interroger. En effet, certaines d'entre elles seront indéniablement à classer parmi les robots qui imitent l'intelligence humaine, notamment en raison de leur aptitude à apprendre par elles-mêmes ; avec cette conséquence que la dangerosité anormale du véhicule ne tiendra parfois qu'à un mauvais apprentissage de ce dernier. Le producteur pourra-t-il alors se prévaloir de l'absence d'antériorité du défaut pour écarter toute condamnation ? Il est permis d'en douter. Il nous semble que la seule éventualité que le véhicule puisse tirer de mauvaises leçons de sa propre expérience devra être considérée comme un défaut originel.

La situation sera en revanche plus incertaine en présence d'un défaut indécélable au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation. C'est l'exonération pour « risque de développement » (*Entwicklungsrisiko*), telle que prévue à l'article 1245-10, 4° du Code civil et au § 1^{er} al. 2 n° 5 ProdHaftG.

La notion de risque de développement est l'une des plus délicates du régime de responsabilité du fait des produits défectueux. Bien que la directive n'impose pas sa consécration, les législateurs français et allemand l'ont retenue afin de ne pas désavantager le secteur industriel, inquiet des répercussions d'une conception trop large de la responsabilité du fait de produits innovants.⁵⁶

Dans un arrêt de 1997, la Cour de justice des communautés européennes a précisé que, pour invoquer le risque de développement, « le producteur d'un produit défectueux doit établir que l'état objectif des connaissances techniques et scientifiques, en ce compris son niveau le plus avancé, au moment de la mise en circulation du produit en cause, ne permettait pas de déceler le défaut de celui-ci ».⁵⁷ Quant à la Cour de cassation, elle a décidé, à propos d'un médicament, que « la date de mise en circulation du produit qui a causé le dommage s'entend, dans le cas de produits fabriqués en série, de la date de commercialisation du lot dont il faisait partie »,⁵⁸ ce qui restreint considérablement les possibilités d'invoquer cette cause d'exonération.

⁵⁶ Pour un rappel des termes du débat, v. en langue française *Viney/Jourdain/Carval*, Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité, LGDJ, 4^e éd. 2017, n° 55 avec de nombreuses références. V. en langue allemande *Wagner*, Produkthaftung für autonome Systeme, art. préc., spéc. p. 750 et, de manière plus générale, *Oechsler*, Staudinger BGB, ProdHaftG, 2018, § 1, n^{os} 110 et s. (avec d'autres références).

⁵⁷ CJCE, 29 mai 1997, aff. C-300/95, Commission des Communautés européennes.

⁵⁸ Civ. 1, 20 septembre 2017, n° 16-19.643.

Pour autant, les contours du risque de développement demeurent à ce jour incertains. Les juridictions françaises et européennes n'ont jamais apporté d'éléments précis sur les défauts qui, n'ayant pu être décelés au moment de la mise en circulation du produit, ne pourront donner lieu à une responsabilité du fabricant. Souhaite-t-on exclure les risques dont la nature même était inconnue lors de la mise en circulation ? Ou s'agit-il plutôt de viser des risques parfaitement connus et identifiés, mais dont la survenance ne pouvait être empêchée en l'état actuel des connaissances techniques et scientifiques ?

Dès lors, appliquée aux véhicules autonomes, la notion de risque de développement n'est pas sans susciter doutes et interrogations. La commercialisation de systèmes informatiques dotés d'intelligence artificielle comporte nécessairement une part d'incertitude, puisque les capacités d'apprentissage et de perfectionnement intrinsèques peuvent produire des résultats inconnus, l'intelligence artificielle mettant à l'épreuve l'aptitude humaine à anticiper des risques et à développer des mécanismes de prévention appropriés.

Il serait quelque peu excessif de retenir systématiquement la cause d'exonération de l'article 1245-10, 4° du Code civil ou du § 1^{er} al. 2 n° 5 ProdHaftG lorsqu'un système doté d'intelligence artificielle provoque des dommages qui résultent d'un comportement imprévisible. Le développement de telles technologies ne fait en réalité que renforcer les exigences quant à la prévention des risques même incertains qui apparaissent comme la contrepartie nécessaire de l'apprentissage automatique. Ainsi, la pertinence du risque de développement en la matière dépend aussi de l'élaboration de normes techniques qui forment un cahier de charges relatif à la gestion des risques qui sont liées à l'intelligence artificielle de certaines composantes du véhicule autonome.

Au regard de l'ensemble de ces interrogations, on peut se demander si les doutes qui planent sur l'application des régimes de

responsabilité aux accidents impliquant un véhicule autonome, ne devraient pas conduire les législateurs français et allemand à faire évoluer de manière plus substantielle la réglementation actuelle. Plusieurs pistes de réflexion peuvent en effet être esquissées.

IV. Les perspectives d'évolution

L'élaboration d'une nouvelle réglementation pourrait emprunter diverses formes. La voiture autonome intégrant pleinement la catégorie des robots, on ne peut passer sous silence une proposition fort originale et assez connue qui consisterait à conférer la personnalité juridique à l'intelligence artificielle. Défendue par quelques rapports,⁵⁹ explorée par certaines législations,⁶⁰ envisagée dans une résolution récente du Parlement européen,⁶¹ cette solution est souvent présentée comme un gage de simplification de l'indemnisation des victimes. Le robot pourrait disposer d'un patrimoine (constitué d'une partie de son prix d'achat ou de sommes perçues en rémunération de services rendus), voire conclure lui-même un contrat d'assurance. En cas d'implication dans la réalisation d'un dommage, il dédommagerait directement les victimes, lesquelles n'auraient pas à subir la lourdeur des procédures d'expertise.⁶² Un tel système générerait cependant son lot d'inconvénients, lesquels feraient vite oublier ses avantages. Évacuées au stade de l'obligation à la dette, les difficultés se retrouveraient en effet au moment de la

⁵⁹ V. par exemple Guidelines on Regulating Robotics, 22 septembre 2009 (www.robotlaw.eu).

⁶⁰ *Coulon*, Du robot en droit de la responsabilité civile : à propos des dommages causés par les choses intelligentes, art. préc. V. également l'initiative prise par le législateur saoudien de reconnaître la personnalité juridique à un robot humanoïde.

⁶¹ Résolution du 16 février 2017, contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2013(INL)), pt 59.

⁶² *Choné-Grimaldi/Glaser*, Responsabilité civile du fait d'un robot doué d'intelligence artificielle : faut-il créer une personnalité robotique ?, art. préc.

contribution à la dette, puisque le robot pourrait disposer de recours contre d'éventuels coresponsables, afin de ne pas déresponsabiliser les acteurs de la robotique. Il resterait donc nécessaire de départager son propre fait de ceux de son utilisateur et de son concepteur.

Au lieu d'agir sur la qualification du véhicule autonome, on pourrait aussi envisager une modification substantielle du droit de la responsabilité civile. Dans les deux pays, celui-ci se caractérise par un nombre important de régimes spéciaux de responsabilité mis en place par des lois successives destinées à faciliter l'indemnisation de victimes de certaines technologies ou activités à risques. Que ce soit pour les téléphériques, les avions, les navires transportant des hydrocarbures ou les véhicules terrestres à moteur, des lois spéciales ou des conventions internationales ont transformé la responsabilité civile en « une mosaïque disparate de cas particuliers ».⁶³ En suivant cette approche, il serait alors envisageable de créer un régime de responsabilité spécifique aux accidents causés par un véhicule autonome. Il faut cependant garder à l'esprit que la réglementation européenne rend difficile l'adoption d'un nouveau régime spécial qui ferait peser sur le fabricant automobile une responsabilité sans faute, la directive 85/371/CEE impliquant une harmonisation totale.

Une alternative consisterait en la mise en place d'un régime d'indemnisation spécifique, déconnecté de la responsabilité civile. À l'instar des mécanismes qui existent en France pour les victimes d'accidents médicaux non fautifs ou d'actes de terrorisme et d'autres infractions, un fonds d'indemnisation des victimes de véhicules autonomes pourrait être créé afin de faire supporter le coût de leur indemnisation par un organisme dont le financement pourrait être assuré par des contributions des fabricants automobiles et des assurés.

⁶³ *Le Tourneau* (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 11^e éd. 2017, n° 0124.11.

Moins problématique sur le plan de la conformité au droit européen, l'idée d'un fonds d'indemnisation spécifique ne manque cependant pas de soulever de nouvelles interrogations auxquelles les législateurs nationaux peineront à répondre. Sur le plan budgétaire, il faudra identifier le cercle des financeurs et en déterminer les modalités de recouvrement des contributions (contributions directes, compléments de primes d'assurance). Ensuite, sur le plan de la technique juridique, il sera nécessaire de trouver une délimitation pertinente du champ d'application de ce fonds : quels véhicules autonomes seraient visés ? comment s'assurer que l'accident pris en charge a été causé par le logiciel de conduite autonome et non par une défaillance humaine ? Enfin, sur le plan politique, il serait fort délicat de justifier la différence de traitement entre les victimes d'accidents de la route ordinaires et celles d'accidents dans lesquels sont impliqués des véhicules autonomes.

Enfin, on pourrait songer à instituer un mécanisme d'assurance spécifique qui bénéficierait aux victimes d'accidents dans lesquels sont impliqués des véhicules autonomes. Il pourrait s'agir de créer une assurance directe rattachée aux contrats d'assurance les plus répandus (tels que les contrats d'assurance multirisques habitation [MRH] ou multirisques entreprises [MRE] en France), financée par une prime additionnelle mise à la charge des assurés.⁶⁴ Cette solution présenterait l'avantage de ne pas interférer avec les règles de responsabilité civile, chaque victime étant prise en charge par son propre assureur.

Bien qu'en adéquation avec les tendances récentes du droit du dommage corporel, à savoir la simplification et l'accélération des procédures d'indemnisation, cette solution n'en soulève pas moins de sérieux doutes quant à sa pertinence sur le plan de

⁶⁴ Sur les potentialités de ce modèle d'indemnisation, v. en langue française *Viney*, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 3^e éd. 2008, n° 28-4 ainsi que, de manière plus détaillée, *Russo*, De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe, Dalloz, 2001, n°s 492 et s.

la politique juridique. Il serait difficilement justifiable de faire peser sur les victimes d'une technologie à risque la charge financière de leur indemnisation, alors que la philosophie générale des systèmes français et allemand repose sur l'idée d'une imputation de dommages aux personnes qui en ont créé le risque ou qui, pour le moins, étaient les mieux à même de les prévenir. Aussi paraît-il assez hasardeux de proposer une assurance directe financée par les victimes dont le coût échappe totalement aux fabricants de véhicules autonomes et, au moins partiellement, à leurs gardiens et conducteurs.

Au lieu de créer une réglementation nouvelle, spécifique aux véhicules autonomes, il paraît dès lors plus pertinent d'adapter le cadre normatif existant au lieu de créer un régime de responsabilité spécifique aux véhicules autonomes, ce qui correspond du reste au parti pris du législateur allemand.⁶⁵ En effet, l'adoption d'une réglementation spécifique comporterait le risque d'une obsolescence rapide. L'absence de recul sur les technologies liées aux véhicules autonomes, notamment celles dotés d'intelligence artificielle, empêche d'identifier l'intégralité des questions qui en découlent. En se précipitant sur la création d'un cadre normatif spécifique, le législateur courrait le risque de se trouver constamment en retard d'un type d'accident nouveau ou d'une question juridique inédite.

La création d'un cadre normatif spécifique pose en outre la question de la délimitation de son champ d'application matériel. Comme on l'a vu, les véhicules autonomes ne forment pas une catégorie homogène en raison de leur degré d'autonomie très variable. Dès lors que des équipements permettent à l'homme de déléguer à la machine certaines missions de conduite, telle la direction du volant, le véhicule commence à être autonome, mais on a vu que l'autonomie n'a pas à être totale.⁶⁶ Si la question de la définition du véhicule autonome et de sa distinction avec

⁶⁵ V. *supra* sous I.

⁶⁶ V. *supra* dans l'introduction.

les véhicules traditionnels se pose également dans le cadre d'une adaptation du droit existant, elle prend cependant une importance particulière en présence d'une réglementation spécifique. Une adaptation ponctuelle du droit existant paraît ainsi plus adaptée à une introduction progressive sur les voies de circulation de véhicules dotés d'une autonomie plus ou moins grande.

L'adaptation du droit existant peut encore se réclamer d'un haut degré d'acceptation des régimes existants par l'ensemble des acteurs concernés. Depuis leur entrée en vigueur, les dispositions de la loi Badinter et de la loi sur la circulation automobile (StVG) ont fait leurs preuves et font partie, à présent, d'une sorte d'« acquis » des législations française et allemande dans le domaine de la responsabilité civile. Entrées dans les mœurs tant des justiciables que des professionnels du droit et des assureurs, elles apportent une véritable garantie d'indemnisation aux victimes les plus vulnérables d'un accident de la circulation.

Enfin, une démarche d'adaptation permettrait également d'éviter d'inextricables problèmes de coordination entre différents régimes de responsabilité et d'indemnisation en présence d'accidents dans lesquels sont impliqués à la fois des véhicules traditionnels et des véhicules autonomes. Le traitement juridique de tels accidents se compliquerait considérablement en présence de plusieurs régimes applicables, sinon au stade de la demande de la victime, du moins au stade de la contribution à la dette après indemnisation.

**Berichte über die Gruppenarbeiten zu den
vorhandenen Einfallstoren für Digitales /
*Rapports sur les travaux en groupe sur les
illustrations de l'impact de la numérisation
sur le droit***

La conclusion du contrat via les plateformes en ligne

MARIE-NOËL KOFFI

Le développement des plateformes est dû en France comme en Allemagne au progrès des nouvelles technologies de l'information et de la communication qui ont favorisé l'ubérisation. Mais quel est l'objectif visé par les plateformes ? Qu'entend-t-on par ubérisation ? On peut déduire de la définition de l'opérateur de plateforme donnée par l'article L. 111- 7 du Code de la consommation que les plateformes ont pour but, la mise en relation des parties en vue de la vente d'un bien ou la fourniture d'un service. Quant à l'ubérisation, il s'agit d'un néologisme, tiré du nom de l'entreprise américaine Uber, qui consiste à l'utilisation des services d'une plateforme permettant aux professionnels et clients de se mettre directement en relation grâce à l'utilisation des nouvelles technologies.

Les plateformes ont ainsi fait leur introduction en matière contractuelle par la mise en relation des parties souhaitant conclure un contrat. Or, cette ingérence dans le domaine contractuel affecte tant bien que mal l'analyse classique du contrat, de sorte que l'on se pose plusieurs questions avec acuité : Quel droit serait applicable à cette opération ? Les parties sont-elles suffisamment protégées ? A défaut, faut-il envisager un droit spécial ?

Pour répondre à ces questions, il convient de prime abord d'identifier la relation juridique liant la plateforme aux parties contractantes (I.). Il s'agira d'étudier ensuite l'impact des plateformes sur l'équilibre contractuel (II.) et enfin de proposer des solutions aux difficultés engendrées par la conclusion des contrats via les plateformes en ligne (III.).

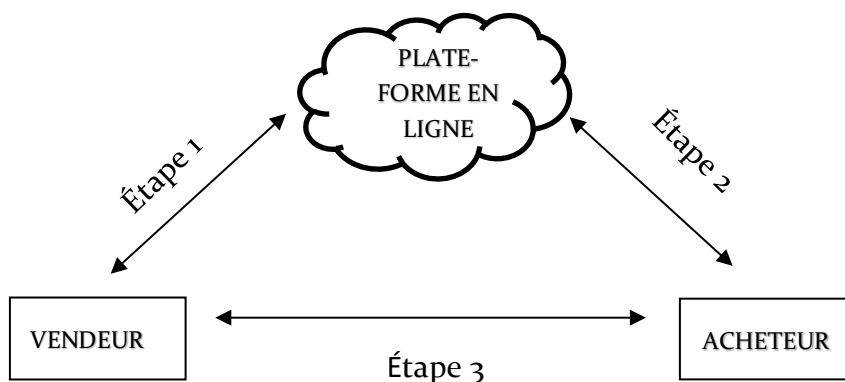
I. L'identification de la relation juridique

L'identification de l'opération juridique implique de déterminer la nature de l'opération (1.) et la qualité des parties (2.).

1. La nature de l'opération

Traditionnellement, le contrat renvoie à une opération bipartite. Par exemple, le contrat de vente suppose en principe l'intervention de deux parties : l'acquéreur dont l'objet de l'obligation est de payer le prix et le vendeur qui est tenu de mettre le bien à la disposition de l'acheteur. L'acheteur souhaitant obtenir la propriété du bien peut contacter directement le vendeur et payer le prix convenu. Cette physionomie qui semble simple se complexifie lorsque ce même contrat est conclu via une plateforme en ligne. Dans cette hypothèse, les parties ayant été mise en relation par le biais d'une plateforme numérique, l'opération devient tripartite.

Le mécanisme serait le suivant :



Dans la première étape, le vendeur contacte la plateforme afin d'utiliser ses services pour ajouter une offre sur la plateforme en ligne. Dans la seconde étape, l'acheteur se connecte sur

la plateforme à la recherche d'un bien. Dans les deux cas le vendeur et l'acheteur acceptent les conditions générales d'utilisation (CGU) imposées par la plateforme. La plateforme met ainsi en relation les deux parties. Dans la troisième étape, l'acheteur choisit le bien et paie le prix indiqué. Le contrat est alors conclu entre le vendeur et l'acheteur par l'intermédiaire de la plateforme. Le vendeur est tenu d'une obligation de livraison. Cette situation traduit l'opération juridique triangulaire.

Si la nature triangulaire de l'opération n'est sujette à aucun doute, l'on ne saurait en dire autant s'agissant de la qualité de la plateforme. La plateforme est-elle partie au contrat ou tiers ?

2. La qualité de la plateforme

Il convient de distinguer les différents rapports juridiques créés par cette opération triangulaire. En effet, l'on peut déduire de l'analyse du schéma ci-dessus et des développements précédents qu'il existe trois contrats distincts : un premier contrat entre plateforme et le vendeur, un second contrat entre la plateforme et l'acheteur, et un troisième contrat entre le vendeur et l'acheteur.

Dans les deux premiers contrats, la plateforme est partie au contrat qui serait assimilable à un contrat d'adhésion puisque la plateforme fixe des conditions soustraites à la négociation qu'elle détermine de façon unilatérale. En revanche, dans le troisième contrat, la plateforme a la qualité de tiers intermédiaire dès lors qu'elle se cantonne à la mise en relation des parties contractantes ; la mise en œuvre du contrat relevant des parties contractantes. Pour cette raison, les plateformes ont tendance à préciser dans leurs conditions générales d'utilisations qu'elles ne sont pas parties au contrat conclu entre les usagers et qu'elles y sont de ce fait étrangères. Or, en tant que pilier de l'opération juridique, les plateformes ne peuvent être considérées comme étrangères à la relation contractuelle.

En effet, si en droit français l'on oppose les parties au contrat aux tiers, il existe des situations intermédiaires notamment dans

les groupes de contrat qui sont de véritables exceptions au principe de l'effet relatif du contrat. D'ailleurs, le mécanisme décrit est assimilable à un ensemble contractuel ; le contrat d'adhésion entre la plateforme et les usagers étant conclu dans le but de permettre la conclusion du contrat entre les usagers. Ainsi, en application des dispositions du droit des contrats, l'anéantissement de l'un des contrats, entraînerait la caducité des contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition.¹ L'on peut citer à titre d'exemple, les contrats conclus via Amazon marketplace.

Il peut aussi s'agir d'un sous-contrat selon le type d'opération. Tel est le cas de Airbnb qui est en réalité une sous-location.

Par ailleurs, la plateforme ayant pour but de mettre en relation les usagers à l'instar du contrat de courtage, il s'est posé la question de savoir si la plateforme pouvait être considérée comme un courtier. A ce sujet, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative dans un arrêt rendu le 19 février 2013. La première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a retenu que la plateforme « était un intermédiaire qui mettait en relation vendeurs et acheteurs de véhicules d'occasion et définissait une procédure pour parvenir à la vente sans pour autant la conclure, et que son rôle restait celui d'un courtier ».²

¹ Art. 1186 alinéa 2 et 3 du Code civil : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ».

² Cass. 1^{re} civ., 19 fév. 2013, n° 11-23287.

Cette solution se justifie d'une part, parce que la plateforme et le courtier visent le même objectif, en l'occurrence, la mise en relation des personnes désirant contracter, d'autre part, parce qu'à l'instar du courtage, l'opération faisant intervenir la plateforme ne nécessite pas de représentation. Cette particularité permet non seulement d'assimiler la plateforme à un courtier mais aussi de distinguer le contrat conclu via la plateforme et le courtage, de la commission et du mandat qui supposent une représentation.

La plateforme est donc un intermédiaire dont le rôle est assimilable à celui d'un courtier et qui ne peut être étranger à la relation contractuelle. Or, l'intégration de la plateforme dans la relation contractuelle influe sur l'équilibre du contrat.

II. L'impact des plateformes sur l'équilibre contractuel

Il résulte de la pratique que les plateformes fixent des conditions générales d'utilisation dans lesquelles elles limitent ou se déchargent de toute responsabilité (1.). Ainsi, pour veiller au respect de l'équilibre contractuel certaines dispositions législatives protègent les usagers de la plateforme contre d'éventuels abus (2.).

1. Le monopole des plateformes dans la relation contractuelle

Si l'un des avantages du recours aux plateformes réside dans leur objet même, à savoir la mise en relation des usagers dans l'optique de conclure un contrat, il y a des inconvénients résultant de la conclusion de contrats via les plateformes numériques. En effet, toutes les plateformes ont des conditions générales d'utilisation. Dès lors que ces conditions sont rédigées de manières unilatérales par les plateformes et imposées aux usagers, les premières se trouvent dans une situation de monopole à l'égard des seconds. En pratique, les plateformes se dégagent de toute

responsabilité et précisent dans leurs conditions générales d'utilisations que les usagers « assument la totalité des conséquences pouvant en découler ».

Pourtant, obnubilés par la possibilité de conclure rapidement, les usagers choisissent de contracter via les plateformes en ligne sans avoir connaissance des risques liés à l'opération. Or, les plateformes proposent certes des prestations de service rapides sans pour autant se soucier de préserver l'équilibre du contrat. Mais face à l'évolution des technologies de l'information conduisant au recours récurrent à internet, les usagers ont-ils réellement le choix ?

Bien entendu les usagers conservent la faculté de conclure directement sans passer par les plateformes numériques. Cependant, dans la mesure où la vente en ligne est un moyen rapide et efficace, certaines enseignes sont implicitement tenues de recourir aux services d'une plateforme pour des contraintes budgétaires. Tel est le cas du vendeur souhaitant écouler son stock via internet qui ne dispose pas, par manque de moyens financiers, de site internet à cet effet. Ce vendeur sera d'une certaine manière, contraint de recourir aux services d'une plateforme de vente en ligne et par voie de conséquence d'accepter les conditions générales d'utilisation. D'où la nécessité de prévoir une protection adéquate pour les utilisateurs de la plateforme.

2. La protection des utilisateurs de la plateforme

La position dominante dans laquelle se situe la plateforme par rapport aux usagers témoigne de la nécessité de protéger les utilisateurs. Or, l'ambiguïté du mécanisme soulève la question relative au droit applicable. Quel droit appliquer aux contrats conclus via les plateformes ligne ?

La réponse à cette question dépend de la qualité des parties. En effet, en fonction de la qualité des différents acteurs, les

règles du droit civil, du droit du travail et du droit de la consommation peuvent être mobilisées. Ainsi, les dispositions du Code civil pourront être invoquées par des particuliers ayant conclu un contrat via une plateforme.

Quant aux dispositions du Code du travail, elles peuvent s'appliquer à la relation contractuelle lorsque le contrat est conclu entre un salarié et son employeur. Or, pour échapper aux dispositions du Code du travail protégeant le travailleur salarié, certaines plateformes préfèrent conclure avec des travailleurs indépendants. C'est le cas de l'entreprise Uber qui contracte avec des chauffeurs indépendants.

Si jusqu'alors, le statut d'indépendant était un obstacle au bénéfice des dispositions protectrices du Code du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 28 novembre 2018³ a censuré une cour d'appel qui avait refusé de reconnaître la qualité de salarié à un travailleur dont l'activité consistait à livrer à des consommateurs les vivres commandés à des restaurateurs par l'intermédiaire d'une plateforme. Pour la Cour de cassation, les critères du contrat de travail étaient remplis de sorte que ce contrat devait être requalifié en contrat de travail.

La cour d'appel de Paris⁴ allant dans le même sens que la jurisprudence *take it easy* a récemment requalifié le contrat liant l'entreprise Uber au chauffeur de taxi en contrat de travail de sorte que ces derniers peuvent désormais se prévaloir des dispositions du Code du travail. Pour la cour d'appel, les critères du contrat de travail étaient bel et bien présents. En effet, si la prestation et la rémunération pouvaient facilement être établies, la démonstration du lien de subordination posait des difficultés. Selon les juges du fond « le chauffeur ne pouvait développer de clientèle propre, se voyait imposer les trajets et tarifs par la

³ Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079 (arrêt *Take Eat Easy*).

⁴ CA Paris, 10 janv. 2019, n° 18-08.357.

société, n'était pas libre de refuser des courses, et pouvait être sanctionné par la perte d'accès à son compte en cas de comportement inapproprié », ce qui était de nature à caractériser l'existence d'un lien de subordination.

S'agissant des dispositions du Code de la consommation, il convient de rappeler qu'elles visent à protéger le consommateur qui se trouve généralement en situation de faiblesse face au professionnel. Le Code de la consommation précise dans sa disposition liminaire, son champ d'application quant aux personnes⁵ et fait référence à trois acteurs : le consommateur, le non professionnel et le professionnel.

Ainsi, les dispositions du Code de la consommation, trouvent application toutes les fois où le contrat est conclu entre d'une part, un professionnel et d'autre part, un consommateur ou un non professionnel. *A contrario*, deux particuliers ayant conclu un contrat via une plateforme ne bénéficieront pas dispositions protectrices du Code de la consommation. Dès lors, dans l'hypothèse d'un contrat de vente conclu entre deux particuliers via une plateforme, l'acheteur ne pourra pas se prévaloir du délai de rétractation de 14 jours, de la garantie légale de conformité ou encore des obligations d'information spécifiques, etc. Il n'y a donc aucune objection à l'application des dispositions consuméristes aux contrats conclus via les plateformes en ligne. Il suffit que les usagers répondent aux exigences liées à la qualité des

⁵ Disposition liminaire du Code de la consommation : « Pour l'application du présent code, on entend par :

- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;

- professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

parties pour que le contrat soit soumis au champ d'application des dispositions du Code de la consommation.

Cependant, une inquiétude demeure. Le consommateur qui conclut un contrat de vente avec un professionnel via une plateforme bénéficie d'une protection identique à celle d'un consommateur qui contracte directement avec un professionnel sans avoir recours aux services d'une plateforme en ligne. Cela paraît à première vue logique dès lors qu'il s'agit d'un contrat identique dans les deux cas. Mais, dans la mesure où dans l'hypothèse du contrat conclu via la plateforme, les règles sont fixées par celle-ci de sorte qu'elle se trouve dans une situation de monopole par rapport aux usagers, les usagers ayant conclu via la plateforme en ligne ne méritent-ils pas une protection plus accrue ?

On est tenté de répondre par l'affirmative car dans les deux cas, le contrat est certes identique mais les conditions dans lesquelles il a été conclu ne sont pas les mêmes. Ces règles ne suffisent donc pas à garantir le respect de l'équilibre contractuel dans les contrats conclus via les plateformes en ligne. Dès lors, quels seraient les remèdes aux difficultés engendrées par la triangulation du contrat ?

3. Les solutions aux difficultés résultant de la conclusion des contrats via les plateformes en ligne

Face aux difficultés soulevées par la conclusion des contrats via les plateformes en ligne, il convient de faire quelques propositions.

D'abord, un droit spécial serait une solution idoine. Cela permettrait de renforcer la protection des usagers.

Ensuite, s'agissant de la fiscalité, l'on pourrait envisager la mise en place d'un quota de sorte que le particulier qui l'aura

atteint serait tenu de déclarer les revenus générés par l'activité⁶ ou encore mettre en place un quota maximum de jours pendant lesquels les particuliers peuvent louer leur appartement dans le cas d'un Airbnb par exemple.

Enfin, l'on pourrait imposer une obligation d'information aux plateformes de sorte qu'elles ne puissent pas s'exonérer de toute responsabilité.

⁶ *Bernheim-Desvaux*, La consommation collaborative ou participative : consommation collaborative portant sur un produit, *Contrats concurrence consommation 2015*, étude 1.

Paypal-Law : un droit autonome dans l'espace numérique ?

LORENZ BRAUN

Les nouvelles technologies forcent différents acteurs de la justice à analyser l'impact qu'a cette numérisation croissante sur le droit. Un groupe de travail s'est donc penché sur la problématique que pose la PayPal-Law. Qu'est-ce que cette PayPal-Law ? Celle-ci constitue-t-elle un droit autonome ? Quels sont les impacts sur le droit civil ?

En réalisant un travail de recherche de droit comparé, incluant le droit allemand et le droit français, le groupe de travail a ainsi pu répondre à certaines de ces interrogations. En effet, tout en soulignant l'existence d'un réel droit autonome (I.), la recherche a abouti à mettre en lumière certains dysfonctionnements dus à l'absence d'une réelle reconnaissance de ce droit par les droits nationaux (II.).

I. PayPal-Law : Un droit conçu pour être autonome

Depuis 1998, date de la création de PayPal aux États-Unis, de plus en plus de personnes utilisent ce service de transfert de fonds, sans en cerner véritablement son rôle précis. En effet, PayPal intègre en son sein un véritable droit qui est censé garantir la bonne exécution des transactions en ligne.

1. Une plateforme privée d'intermédiaire d'achat

PayPal est une plateforme en ligne qui est destinée à faire transiter des sommes entre des personnes privées. Dans la grande majorité des cas, ce transit s'opère à l'occasion de contrats de vente en ligne. De nombreux sites internet proposent désormais la possibilité d'effectuer un paiement par l'intermédiaire de PayPal (notamment eBay pour ne citer que le plus connu).

Seulement, pourquoi s'encombrer d'un intermédiaire, alors que d'autres moyens de paiement en ligne existent ?

En réalité, la plateforme est bien plus qu'un simple intermédiaire. Si l'on décide de faire transiter une certaine somme par PayPal, c'est parce que l'on obtient des garanties en contrepartie. En effet, PayPal garantit au vendeur qu'il sera effectivement crédité de la somme demandée, et à l'acheteur qu'il recevra bien le produit objet du contrat de vente. Il s'agit donc, dans une relation contractuelle, d'un tiers de confiance faisant office de garant, pour l'une et pour l'autre partie, et facilitant ainsi l'établissement d'une confiance entre elles. En observant ce mécanisme de plus près, on peut légitimement penser à une banque qui viendrait sécuriser la transaction. Cette réflexion est loin d'être absurde, puisqu'en Europe, PayPal est un établissement de crédit (ce statut a d'ailleurs été reconnu par l'Union européenne).

Si PayPal a la capacité de garantir aux parties à un contrat de vente en ligne l'exécution conforme du contrat, on peut s'interroger sur la nature des outils dont dispose PayPal pour cela. En effet, la plateforme n'a pas de moyen d'exécution forcée. En réalité, tout repose sur le transfert par les parties d'un pouvoir considérable à PayPal, sur la bonne exécution de leur contrat.

2. Une plateforme intégrant un véritable droit

Un vendeur souhaitant intégrer le mode de paiement « PayPal » doit accepter les conditions d'utilisation du service. Il en est de même pour l'acheteur. Ces conditions d'utilisation (que chaque utilisateur est censé avoir lues) ne sont rien d'autre que le contrat liant PayPal à son utilisateur (vendeur ou acheteur). Par ce contrat, l'utilisateur du service accepte de transférer certains pouvoirs à l'intermédiaire de confiance, notamment l'accès sans restriction à son compte bancaire. PayPal a donc l'autorisation générale de prélever des sommes sur le compte d'un utilisateur ayant adhéré aux conditions d'utilisation (c'est-à-dire tous ceux qui utilisent le service).

Étant lié contractuellement à l'acheteur et au vendeur, PayPal applique ses propres règles, toutes détaillées dans les quelque 75 pages du contrat. Celui-ci comporte tout un régime juridique dérogatoire au droit commun national et s'applique de la même manière dans le monde entier, ce qui évite des complications de droit international privé, si les parties sont de nationalité différente. Cela facilite grandement la gestion d'éventuels litiges, qui seront résolus selon les règles contractuelles souscrites par les deux parties, la *PayPal-Law*. Ce droit dérogatoire, applicable à tous les utilisateurs du service, donne notamment le pouvoir à PayPal de « juger » les litiges portés à la connaissance de celui-ci par les parties. Ainsi, en cas de litige, comme le précisent les conditions d'utilisation, PayPal prend une décision finale en faveur de l'une ou l'autre partie « à son entière discrétion » et « en fonction des critères qu'elle juge appropriés »¹.

Suite à cette décision « discrétionnaire », les parties doivent se conformer à celle-ci. PayPal dispose pour ce faire non pas de moyens d'exécution forcée classiques (comme cela serait le cas des huissiers de justice), comme nous l'avons vu précédemment, mais de moyens mis à disposition par les parties elles-mêmes, à savoir le libre accès à leur compte bancaire. PayPal peut alors prélever la somme qu'elle estime due à son utilisateur, et « forcer » par ce moyen l'exécution de sa décision. Ce procédé ne doit en aucun cas être confondu avec l'exécution forcée mise en œuvre par les officiers ministériels qui sont investis de prérogatives de puissance publique. Il ne s'agit ici que de l'exécution d'un simple contrat entre PayPal et son utilisateur. Et comme tout contrat, sa bonne exécution peut être contestée devant le tribunal.

¹ Article 13.6 des Conditions d'utilisation du Service PayPal (<https://www.paypal.com/fr/webapps/mpp/ua/useragreement-full>).

II. Des difficultés de reconnaissance de ce droit par les juges nationaux

Si la bonne exécution du contrat (les conditions d'utilisation du service PayPal) peut être contestée devant le juge, celui-ci se doit d'appliquer les règles juridiques présentes dans ce contrat (« les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », article 1103 du Code civil). Le juge n'effectuera donc qu'un contrôle de validité du contrat (capacité, consentement, objet, etc.), et appliquera par la suite les règles juridiques établies par ce contrat.

Autant dire que les contestations concernant la bonne exécution du contrat se heurteront le plus souvent à l'ignorance du contenu du contrat, ce qui n'est bien évidemment pas recevable devant le juge.

1. L'impossibilité de substitution totale de la PayPal-Law au droit national

Toutefois, les parties peuvent contester la bonne exécution du contrat de vente entre l'acheteur et le vendeur devant le juge. C'est ce que fait en principe PayPal, mais rien n'empêche les parties de ne pas recourir au service PayPal pour trancher le litige.

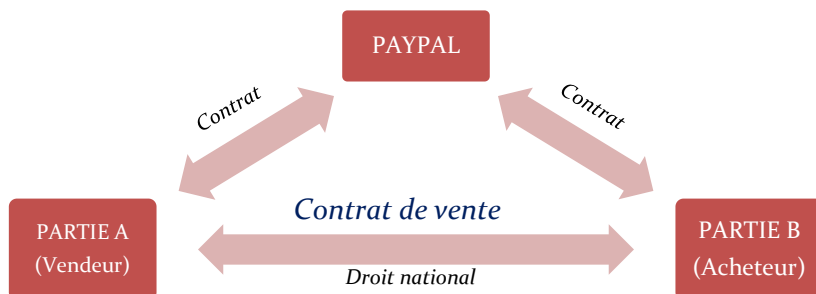
En effet, les conditions d'utilisation n'obligent pas la saisine exclusive de PayPal en cas de litige. L'existence d'une telle obligation serait d'ailleurs censurée par le droit national, mais aussi par les instances européennes, sur le fondement du droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial, respectant toute une série de garanties procédurales (publicité des débats, assistance par un avocat, principe du contradictoire, etc.). C'est également pour cette raison que PayPal ne peut pas être considéré comme arbitre, selon le droit français. Certaines garanties procédurales demeurent en effet absentes. La décision résultant de la soumission d'un litige à PayPal ne saurait donc emporter l'autorité de chose jugée, ce qui laisse ouverte la voie

de contestation du contrat de vente entre les parties devant le juge national.

Nous sommes ici au cœur de la problématique de la PayPal-Law en tant que droit autonome. En effet, il n'y aura aucun problème pour les utilisateurs du service PayPal qui élèveraient leur litige uniquement devant PayPal. La décision de PayPal est exécutée sans problème, puisque les parties ont accepté la PayPal-Law. De même, les utilisateurs du service qui ne souhaitent pas élever leur litige devant PayPal, mais saisissent le juge national n'auront aucun problème non plus. Seuls le droit et les garanties procédurales seront différents, selon l'entité saisie.

Toutefois, lorsque les parties saisissent parallèlement PayPal et le juge national (nous avons vu qu'il n'y avait pas d'incompatibilité juridique), la situation devient plus complexe. En effet, alors que la PayPal-Law s'applique entre le vendeur et PayPal, et entre l'acheteur et PayPal, elle ne s'applique pas entre le vendeur et l'acheteur (cf. Schéma ci-dessous). Le juge national, afin de trancher le litige, est donc tenu d'appliquer le droit commun national. Il ne peut pas tenir compte de la décision de PayPal ni la modifier, puisque celle-ci résulte quant à elle de la PayPal-Law, donc de la volonté des parties (le juge ne peut pas défaire ce qui est issu de la volonté des parties, sauf à ce qu'une partie conteste la bonne exécution des conditions d'utilisation du service PayPal). Il est dès lors possible que le juge national aboutisse à une décision différente de celle de PayPal, du fait de l'application d'un droit différent. La décision du juge national s'applique alors indépendamment de la décision de PayPal, cette dernière étant entièrement contractualisée.

Cette faculté de saisine du juge national en première instance – conséquence de l’absence d’autorité de chose jugée de la décision de PayPal – constitue de fait une limite à l’autonomie de la PayPal-Law, puisqu’elle est susceptible d’être contournée par le biais du droit national.



2. Du conflit de normes à l’insécurité juridique

La superposition de jugements en première instance pour une même affaire – devant PayPal et devant le juge national – peut générer des décisions incohérentes, voire contradictoires. De ce « double-jugement » découle une certaine insécurité juridique, pour les parties utilisant le service PayPal.

A titre d’illustration, le *Bundesgerichtshof* (la Cour fédérale de justice en Allemagne) a rendu, le 11 novembre 2017, deux jugements allant dans le sens opposé des décisions rendues par PayPal, sans toutefois les infirmer à proprement parler.² Il ne s’agit en effet pas d’un système d’opposition ou d’appel des décisions de PayPal, dans la mesure où le juge national applique un droit différent de la *PayPal-Law*. Dans ces deux affaires, PayPal avait considéré (selon ses propres critères) que le vendeur devait restituer le prix de vente à l’acheteur. Cette restitution a été exécutée par PayPal, conformément aux conditions d’utilisa-

² BGH, 11 novembre 2017, VIII ZR 213/16 et VIII ZR 83/16.

tion de la plateforme. Cependant, tout en reconnaissant les rapports de droit liant les parties PayPal, le *Bundesgerichtshof* a estimé que le vendeur disposait, en vertu du droit allemand, d'une créance auprès de l'acheteur correspondant au montant du prix de vente. Ces jugements ont donc de fait rendu inopérantes les décisions de PayPal, créant ainsi une insécurité juridique auprès des acheteurs qui, en dépit d'une décision favorable de PayPal à leur égard, peuvent toujours être poursuivis en paiement du prix de vente devant le juge national.

Ainsi, un système d'opposition (ou d'appel si l'on estime que la décision de PayPal est susceptible de présenter toutes les caractéristiques d'un procès équitable) devant le juge national serait une solution plus logique et éviterait des décisions parfois contradictoires. Pour cela, le juge national doit être en mesure d'appliquer la *PayPal-Law*. Il appartiendrait donc aux législations nationales de reconnaître ce droit comme étant un droit totalement autonome, s'appliquant aux contrats dans lesquels les parties ont toutes deux souscrites aux conditions d'utilisation du service PayPal.

La reconnaissance de ce droit autonome favoriserait la sécurité juridique, indispensable dans un contexte de démocratisation de la conclusion de contrats de vente en ligne. Cette reconnaissance pourrait notamment se traduire par une interprétation – des juridictions nationales suprêmes – plus souple de la volonté des parties qui, en souscrivant chacune aux conditions d'utilisation du service PayPal et en confiant le soin à la plateforme de garantir la bonne exécution du contrat, entendaient se soumettre à la *PayPal-Law*, vis-à-vis de PayPal, mais également vis-à-vis de leur cocontractant.

Atelier 1.2:

Künftiges Zivilrecht und

Digitalisierung: Code is law? /

***Le droit civil du futur et le passage au
numérique : « Code is law ? »***

L'évaluation automatique de dommages-intérêts

PHILIPPE SOUSTELLE



Ein Video mit einer Kurzzusammenfassung des Beitrags ist unter <https://youtu.be/FcPB EV9LY7c> verfügbar.

Le thème assigné imposerait l'étude de tous les dispositifs juridiques connus par le droit des obligations permettant l'évaluation automatique des dommages et intérêts. C'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles l'évaluation relève d'un procédé qui s'accomplit d'une manière déterminée à l'avance ou qui, une fois mis en mouvement, fonctionne de lui-même et conduirait donc à fixer automatiquement le montant de dommages et intérêts dus à une partie.

Ce type de dispositif est connu en matière contractuelle. C'est même l'objet principal de certaines clauses contractuelles

comme les clauses pénales ou les clauses limitatives (voire exclusives) de responsabilité. Ces clauses permettent aux parties contractantes de prévoir, à l'avance, avec plus ou moins de précision, le montant des dommages et intérêts éventuellement dus. La loi encadre cette liberté laissée aux parties (Code civil, art. 1231 à 1231-7) mais peut aussi instaurer des mécanismes d'évaluation opérant de plein droit. C'est le cas, par exemple, pour l'indemnisation du retard dans l'exécution d'une obligation ou dans l'exécution d'une décision emportant condamnation à une indemnité (C. civ., art. 1231-6 et 1231-7). Le dommage encouru à raison du retard est réglé automatiquement par le jeu d'un taux d'intérêt légal affectant la somme due. Le montant du taux semestriel qui diffère suivant la qualité du créancier est révisé, chaque année, par le pouvoir réglementaire en application d'une savante formule (Code monétaire et financier, art. L. 313-2 et D. 313-1-A).

Ces illustrations montrent qu'il est possible de prévoir un dispositif, légal ou conventionnel, d'évaluation automatique des dommages et intérêts. Néanmoins, encore faut-il que le dommage en cause présente certains caractères : il doit être prévisible et d'une nature telle qu'une réparation en argent est envisageable. Encore faut-il également que la loi autorise sa réparation par l'allocation d'une indemnité forfaitaire. Or, si ces conditions sont souvent réunies en matière contractuelle en vue de réparer un dommage matériel ou économique, il en va différemment lorsqu'il s'agit de réparer un dommage corporel.

Dans ce domaine, en effet, le principe de la réparation intégrale place un sérieux obstacle à toute entreprise d'évaluation automatique. Depuis les années 1950, la jurisprudence affirme que « le principe de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait

pas eu lieu ». ¹ La réparation intégrale des préjudices, qui se présente tout à la fois comme un principe jurisprudentiel et une finalité de la responsabilité civile, ² implique, dès lors qu'un dommage est juridiquement constaté, une évaluation. ³ Cette évaluation doit être propre à assurer le jeu d'une justice purement commutative : la valeur injustement sortie du patrimoine de la victime doit y être réintégrée « sans perte ni profit ». ⁴

Pour procéder à cette évaluation dans des conditions propres à garantir la réparation intégrale d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne humaine, les principaux acteurs du dommage corporel ont cherché à rationaliser les méthodes d'évaluation. L'évolution est telle qu'aujourd'hui l'indemnisation automatique des différents chefs de préjudices nés d'un dommage corporel paraît techniquement possible.

Partant du principe que ce type de dommage ne pouvait être indemnisé globalement, la démarche a consisté, dans un premier temps, à bien identifier les différents postes de préjudices susceptibles d'être indemnisés (I.). Dans un second temps se pose la question des modalités techniques de l'évaluation des postes ainsi identifiés et de leur éventuelle évaluation automatique (II.).

¹ Civ. 2, 28 oct. 1954, JCP G 1954, II, 8765 note *Savatier* ; en ce sens, Civ. 2, 25 mai 1960, Bull. civ. II, n° 342.

² Depuis 2009, la jurisprudence statue au visa du « principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit » (voir Civ. 2, 28 mai 2009, n° 08-16.829, Bull. civ. II, n° 113).

³ Civ. 2, 6 févr. 2002, n° 00-10.543, Bull. civ. II, n° 34.

⁴ Ce principe de la réparation intégrale s'applique d'ailleurs bien au-delà du droit commun de la responsabilité civile puisqu'il vaut également dans les nombreux régimes spéciaux d'indemnisation. Voir *Serverin*, Le principe de la réparation intégrale des préjudices corporels, au risque des nomenclatures et des barèmes in : *Sayn* (sous la dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014, p. 250.

I. L'identification préalable des postes de préjudices

L'identification des postes de préjudices nés d'un dommage corporel est passée par l'édification de nomenclatures (1). Jusqu'à présent, ces nomenclatures n'ont pas été unifiées par la loi et ne sont pas d'application impérative pour les juges (2).

1. L'élaboration de nomenclatures de postes de préjudices

L'élaboration de nomenclatures, comportant plusieurs postes de préjudices, oblige à expliquer, en tout premier lieu, la différence entre les notions de dommage et de préjudice. Suivant l'approche de Madame Lambert Faivre,⁵ aujourd'hui reprise de façon unanime, le dommage est une notion qui relève de l'ordre des faits. Le dommage corporel est l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne.⁶ Le préjudice relève, quant à lui, de l'ordre du droit car le préjudice exprime l'atteinte aux droits subjectifs de la victime ou si on préfère exprime l'atteinte aux intérêts juridiquement protégés de la victime. En suivant ce raisonnement, d'ailleurs commun aux assureurs, on conçoit qu'un même dommage peut générer toute une série de préjudices ou, plus exactement, plusieurs postes (ou chefs)⁷ de préjudices. L'objet des nomenclatures est alors de répertorier les différents postes possibles et d'en fournir une présentation rationnelle.

⁵ *Lambert-Faivre/Porchy-Simon*, Droit du dommage corporel, Dalloz, 8^{ème} éd. 2016, n° 28.

⁶ Le dommage matériel, quant à lui, est l'atteinte à l'intégrité d'un bien matériel ou à la substance d'une chose.

⁷ Les deux mots sont employés par le législateur.

Depuis une vingtaine d'années, de nombreuses initiatives en ce sens peuvent être relevées.⁸ Pour s'en tenir à l'essentiel, il faut citer le Rapport Lambert Faivre (2003) qui, suivant la commande, devait rendre « les modalités d'indemnisation de la victime plus justes et plus transparentes » et devait être conduit « en distinguant précisément les préjudices strictement personnels qui reviennent à la victime et ceux sur lesquels les organismes de sécurité sociale peuvent exercer leur recours ».⁹ Le second rapport est celui de Dintilhac (2005) qui visait, « à l'établissement d'une nomenclature des chefs de préjudices corporel cohérente, reposant sur une distinction claire entre les préjudices économique et non économique ».¹⁰

La nomenclature Dintilhac reprend très largement les conclusions du rapport de Madame Lambert-Faivre et, sans entrer dans le détail des postes,¹¹ ses lignes principales sont les suivantes :

En premier lieu, la nomenclature est une nomenclature ouverte dans le sens où les postes identifiés ne sont ni intangibles, ni limitatifs.

En second lieu, cette nomenclature repose sur une triple distinction : entre les victimes directes et indirectes, entre les préjudices patrimoniaux et les préjudices extrapatrimoniaux et,

⁸ Notamment depuis la Recommandation de Trèves de 2000. Voir, sur l'ensemble de l'évolution, *Lambert-Faivre/Porchy-Simon*, Droit du dommage corporel, Dalloz, 8^e éd. 2016, n°44.

⁹ Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel rendu en octobre 2003 accessible et consultable sur le site de la documentation française (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr> consulté le 4 juin 2019).

¹⁰ Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels. Groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Rendu en juillet 2005 accessible et consultable sur le site de la documentation française (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr> consulté le 4 juin 2019).

¹¹ Voir annexe 1.

enfin, entre les préjudices temporaires et les préjudices définitifs suivant la date de consolidation de la victime.

Ces deux rapports ont reçu assez rapidement une première forme de consécration puisqu'une loi du 21 décembre 2006 est venue modifier l'étendue des recours des tiers payeurs. Désormais, « les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel ».¹² Ce texte oblige donc « à ventiler précisément les chefs de préjudices réparés afin de pouvoir imputer clairement le recours des tiers payeurs ».¹³ Néanmoins, le degré de ventilation entre postes peut être variable dans la mesure où la nomenclature *Dintilhac* n'est pas d'application impérative pour la personne en charge de l'évaluation.

2. L'absence d'une nomenclature unique à portée normative

Jusqu'à présent, en effet, les tentatives pour imposer une nomenclature unique et pour conférer une force normative à la nomenclature *Dintilhac* ont échoué.

En particulier, à la fin de l'année 2014, un projet de décret « instaurant une nomenclature des postes de préjudices résultant d'un dommage corporel » a été soumis à concertation puis retiré sans autre forme d'explication de la part du gouvernement. Le plus probable est que l'adoption d'une nomenclature unique se fera lors de la réforme globale de la responsabilité civile attendue depuis mars 2017. Cependant, la nomenclature *Dintilhac* n'est pas, en pratique, privée de toute portée juridique.

¹² Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 (art. 25) modifiant l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale et l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

¹³ *Lambert-Faivre/Porchy-Simon*, Droit du dommage corporel, Dalloz, 8^e éd. 2016, n° 47, p. 36.

La Fédération française des sociétés d'assurance a affirmé s'y référer,¹⁴ certains fonds d'indemnisation y font référence¹⁵ et, dès 2007, la Chancellerie a invité les juges judiciaires à l'utiliser.¹⁶ La principale difficulté restant que la juridiction administrative, tout en respectant la loi relative aux recours des tiers payeurs, jugeait au regard d'une autre nomenclature, tirée d'un Avis du Conseil d'État, beaucoup moins précise.¹⁷

À cet égard, pour mesurer la différence de traitement des victimes, nous avons mené une recherche collective relative à l'indemnisation des victimes d'un accident médical.¹⁸ Comme en la matière la compétence est partagée entre le juge judiciaire et le juge administratif, il s'agissait de savoir comment le dommage corporel était réparé et s'il existait des différences notables entre les deux ordres de juridictions.

Avec cette étude, portant sur l'analyse de plus d'un millier de décisions rendues par les cours d'appel des deux ordres entre 2011 et 2013, nous avons pu constater que les juges judiciaires appliquaient la nomenclature *Dintilhac* tandis que les juges administratifs en appliquaient une autre tirée de l'avis *Lagier*. Pour l'essentiel, le juge administratif ne distinguait que rarement entre les différents postes de préjudices extrapatrimoniaux et pouvait accorder une indemnisation globale au titre des « troubles dans les conditions d'existence ». Plus inquiétant,

¹⁴ Voir Fédération française des sociétés d'assurance, Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel, avril 2008, p. 5 (www.aforcump-sfp.org/doc_utiles/livre_blanc_indem_corporel_avril2008.pdf consulté le 4 juin 2019).

¹⁵ Comme l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux.

¹⁶ Circulaire de la DACS n° 2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel. Bulletin officiel du ministère de la justice, 30 avril 2007.

¹⁷ CE 4 juin 2007, (n°so 303422 et 304214, *Lagier*) : JO 4 juillet 2007, p. 11372.

¹⁸ *Porchy-Simon/Gout/Soustelle*, Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux, 2016.

lorsque nous avons pu comparer postes par postes le montant des indemnités allouées, le juge administratif apparaît moins généreux dans l'indemnisation de certains préjudices extrapatrimoniaux (notamment pour le poste des souffrances endurées).¹⁹ La situation est pourtant en pleine évolution puisque, fin 2013, le Conseil d'État a rendu deux décisions indiquant clairement aux juges du fond qu'ils pouvaient se référer à la nomenclature *Dintilhac*.²⁰

II. L'évaluation des postes de préjudices identifiés

La mise en place de nomenclatures de postes de préjudices s'est accompagnée de la mise au point de certains « outils » permettant au juge²¹ d'évaluer le montant du poste de préjudice considéré.

Il s'agit principalement des référentiels indicatifs ou des barèmes (1). Avec la réforme de la responsabilité civile, l'utilisation de ces outils devrait être généralisée (2).

1. Les outils de l'évaluation

Pour rester en conformité avec le droit positif qui interdit au juge de statuer « par référence à des barèmes, sans procéder à l'évaluation du dommage en fonction des seules circonstances de la cause »,²² la pratique a mis au point « des référentiels indicatifs ». ²³ Ces référentiels, répondant à des critères prédéterminés,

¹⁹ Voir les conclusions de l'étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux, précitée.

²⁰ CE, 16 déc. 2013, n° 346575 et 7 oct. 2013, n° 337851.

²¹ Les assureurs et les fonds d'indemnisation (comme l'ONIAM) utilisent également les mêmes outils.

²² Civ. 2, 22 nov. 2012, n° 11-25.988.

²³ Comme le référentiel indicatif « d'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès » mis au point par le magistrat *Benoît Mornet* (la dernière version date de septembre 2018). L'ONIAM a notamment mis au point deux référentiels indicatifs, l'un pour les accidents médicaux et l'autre pour les accidents dus au VHC (accessibles sur le site de L'ONIAM).

fournissent des méthodes de calcul par postes de préjudices et, le plus souvent, des fourchettes d'indemnisation.²⁴ Les éléments chiffrés, les montants proposés par les référentiels indicatifs, devraient, en principe, être puisés dans une base de décisions dédiée conformément à la proposition du Rapport Lambert-Faivre (préconisant dès 2003 la création d'un référentiel indicatif national statistique et évolutif : RINSE).²⁵ Actuellement, cette alimentation automatique des référentiels en données chiffrées tirées de décisions reste à l'état de projet.²⁶ Le référentiel indicatif se distingue du simple « barème » en ce qu'il laisse au juge ou à l'organisme en charge de l'évaluation une marge d'appréciation et d'adaptation en fonction de la situation personnelle de la victime.

Sans entrer dans le détail de ces différents référentiels indicatifs, il faut souligner qu'ils ne présentent pas exactement la même utilité, ni les mêmes risques en fonction de la nature du préjudice considéré.

Pour les préjudices patrimoniaux, en effet, ils offrent une réelle aide au calcul du montant dans la mesure où les préjudices de cette nature sont toujours réparables en argent. Certes, le calcul est plus ou moins complexe en fonction du caractère passé, présent ou futur du préjudice mais, techniquement, il est possible de prendre la juste mesure d'une « perte de gains professionnels futurs » par exemple. En matière d'indemnisation de

²⁴ Voir exemple en annexe 2.

²⁵ Les données existent. Le fichier FVI qui a pour objet d'informer le public des indemnités allouées aux victimes d'accidents de la circulation dans le cadre de décisions prises soit par accord transactionnel, soit par voie judiciaire (prévu par l'article 26 de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation). Le fichier FVI est géré par l'AGIRA, Association pour la Gestion des Informations sur le Risque en Assurance. L'AGIRA regroupe la Fédération française de l'assurance (FFA) et ses adhérents et le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO).

²⁶ Voir *infra* sur les propositions de réforme de la responsabilité civile.

préjudices patrimoniaux, la difficulté tient plutôt dans la détermination des modalités de l'indemnisation : faut-il allouer une rente viagère ou un capital calculé grâce à une table de capitalisation ? Le choix entre la rente et l'allocation d'un capital n'ont évidemment pas les mêmes conséquences pour la victime mais également pour le juge qui en allouant une rente s'expose à rendre une nouvelle décision en cas de changement dans les circonstances.

Pour les préjudices extrapatrimoniaux, ces référentiels indicatifs risquent de tourner à l'allocation d'un pur forfait. Ces préjudices échappant par nature à toute indemnisation objective, il y a fort à parier que le prix de la douleur, et même en distinguant postes par postes, sera le même pour tous. L'objectif d'égalité horizontale entre victime a des chances de l'emporter sur le pouvoir d'appréciation *in concreto* du juge. Comment justifier, par exemple, pour les souffrances endurées, qui sont cotées par expert médical sur une échelle de 1 à 7, qu'à un même niveau de souffrance, le montant des dommages et intérêts soit différent ? De même, pour des victimes indirectes, placées dans la même situation, comment admettre que la mort d'un enfant, d'un parent ou d'un conjoint ait un prix plus ou moins élevé ? Sur ce terrain, il y a une position de principe à tenir car cette barémisation annoncée du préjudice extrapatrimonial va renforcer les arguments à ceux qui soutiennent que ce type de préjudice n'est pas juridiquement réparable.²⁷

2. Les perspectives à court terme

Les perspectives à court terme annoncent le recours unifié et généralisé à ces outils d'évaluation automatique. L'actuelle réforme de la responsabilité réserve une place particulière à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel

²⁷ Porchy-Simon, L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile, in : Sayn (sous la dir.), Le droit mis en barèmes ?, Dalloz, 2014, p. 201.

(projet : articles 1267 à 1277).²⁸ Pour s'en tenir à l'essentiel, trois remarques peuvent être formulées :

Tout d'abord, le champ d'application des règles est général puisque le projet indique que les règles de la sous-section relative à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel « sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le débiteur de l'indemnisation » (projet, art. 1267). Ensuite, les principales évolutions du droit du dommage corporel sont reprises. L'identification poste par poste des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux est acquise et doit donner lieu à « une nomenclature non limitative » fixée par décret (projet, art. 1269).²⁹ C'est donc la reprise de la logique de la nomenclature *Dintilhac*, déjà à l'œuvre en pratique. Il reste à savoir combien et quels postes de préjudices seront listés et, particulièrement, pour les postes préjudices extrapatrimoniaux qui, nous venons de le signaler à propos de leur évaluation, subissent, depuis le projet de décret avorté fin 2014, certaines attaques doctrinales. Le projet valide néanmoins le déficit fonctionnel après consolidation (projet, art. 1270).³⁰

Enfin, les principaux outils d'évaluation déjà à l'œuvre sont visés et conservent un caractère indicatif. En outre, l'idée de la création d'un référentiel indicatif national statistique et évolutif est reprise par le projet. L'article 1271 prévoit qu'un décret en Conseil d'État « fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux

²⁸ Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017.

²⁹ Art. 1269 du projet de réforme : « Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'État ».

³⁰ Art. 1270 du projet de réforme : « Sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel après consolidation est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire ».

qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication ». L'article projeté ajoute que « ce référentiel est réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions.

À cette fin, une base de données rassemble, sous le contrôle de l'État et dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation ». Il s'agit là d'utiliser les bases existantes (comme le fichier FVI) qui sont actuellement difficilement exploitables.³¹

Enfin, il est regrettable de limiter la base projetée aux « décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation » ce qui conduit à écarter le montant des indemnités allouées dans d'autres contentieux et, particulièrement, les évaluations de préjudices opérées par le juge administratif.

³¹ *Lambert-Faivre/Porchy-Simon*, Droit du dommage corporel, Dalloz, 8^e éd. 2016, n° 208.

Annexe 1 : Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels

Groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, juillet 2005 (p. 48 à 50).

I. Proposition de nomenclature des préjudices corporels de la victime directe

1. Préjudices patrimoniaux

a) Préjudices patrimoniaux temporaires (avant consolidation) :

- Dépenses de santé actuelles (D.S.A.)
- Frais divers (F.D.)
- Pertes de gains professionnels actuels (P.G.P.A.)

b) Préjudices patrimoniaux permanents (après consolidation) :

- Dépenses de santé futures (D.S.F.)
- Frais de logement adapté (F.L.A.)
- Frais de véhicule adapté (F.V.A.)
- Assistance par tierce personne (A.T.P.)
- Pertes de gains professionnels futurs (P.G.P.F.)
- Incidence professionnelle (I.P.)
- Préjudice scolaire, universitaire ou de formation (P.S.U.)

2. Préjudices extra-patrimoniaux

a) Préjudices extra-patrimoniaux temporaires (avant consolidation) :

- Déficit fonctionnel temporaire (D.F.T.)

- Souffrances endurées (S.E.)
- Préjudice esthétique temporaire (P.E.T.)

b) Préjudices extra-patrimoniaux permanents (après consolidation) :

- Déficit fonctionnel permanent (D.F.P.)
- Préjudice d'agrément (P.A.)
- Préjudice esthétique permanent (P.E.P.)
- Préjudice sexuel (P.S.)
- Préjudice d'établissement (P.E.)
- Préjudices permanents exceptionnels (P.P.E.)

c) Préjudices extra-patrimoniaux évolutifs (hors consolidation) :

- Préjudices liés à des pathologies évolutives (P.EV.)

II. Proposition de nomenclature des préjudices corporels des victimes indirectes (victimes par ricochet)

1. Préjudices des victimes indirectes en cas de décès de la victime directe

a) Préjudices patrimoniaux

- Frais d'obsèques (F.O.)
- Pertes de revenus des proches (P.R.)
- Frais divers des proches (F.D.)

b) Préjudices extra-patrimoniaux

- Préjudice d'accompagnement (P.AC.)
- Préjudice d'affection (P.AF.)

2. Préjudices des victimes indirectes en cas de survie de la victime directe

a) Préjudices patrimoniaux

- Pertes de revenus des proches (P.R.)
- Frais divers des proches (F.D.)

b) Préjudices extra-patrimoniaux

- Préjudice d'affection (P.AF.)
- Préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels (P.EX.)

Annexe 2 : L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès

Benoît MORNET, Président de chambre à la cour d'appel de Douai, septembre 2016 (extraits)

(...)

2. Les souffrances endurées

On évitera d'employer l'expression latine « pretium doloris » remplacée par l'expression contemporaine « souffrances endurées » depuis la loi du 27 septembre 1973. Il s'agit d'indemniser ici toutes les souffrances tant physiques que morales subies par la victime pendant la maladie traumatique et jusqu'à la consolidation. Il est convenable de rechercher dans l'expertise les éléments de ce préjudice, et notamment les circonstances du dommage, les hospitalisations, les interventions chirurgicales, l'âge de la victime etc.

Attention : après consolidation, s'il subsiste des souffrances permanentes, elles relèvent du déficit fonctionnel permanent : le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice

du déficit fonctionnel permanent, il ne peut être indemnisé séparément au titre d'un préjudice distinct (Civ. 2, 16 sept. 2010, n° 09-69.433).

On constate l'existence de demande d'indemnisation de préjudice nommé « perte de chance de survie » ou « préjudice d'angoisse de mort imminente » ; la chambre criminelle fait une réparation distincte de l'angoisse et des souffrances endurées (Crim. 23 oct. 2012, n° 11-83.770). Elle a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'indemniser la perte d'une chance de vie en plus des souffrances endurées (Crim. 26 mars 2013, n° 12-82.600) ; elle précise dans un autre arrêt qu'en faisant droit à la demande présentée au titre d'une perte de chance de survie, les juges ont entendu réparer la douleur morale ayant résulté pour Jonathan Y..., qui s'est débattu un certain temps avant de se noyer, de la conscience de sa mort imminente (Crim. 29 avril 2014, n° 13-80.693).

La deuxième chambre civile indemnise ce préjudice d'angoisse de mort au titre du poste « souffrances endurées » en mentionnant que la victime « a eu conscience de la gravité de son état et du caractère inéluctable de son décès », et que l'indemnisation prend en compte « les souffrances endurées, notamment caractérisées par la perte d'espérance de vie ou l'angoisse de mort que la victime a nécessairement ressenti entre l'accident et son décès (Civ. 2, 18 avril 2013, n° 12-18.199).

La cotation médico-légale des souffrances endurées peut être la suivante :

1/7 très léger	jusqu'à 2.000 €
2/7 léger	2.000 à 4.000 €
3/7 modéré	4.000 à 8.000 €
4/7 moyen	8.000 à 20.000 €
5/7 assez important	20.000 à 35.000 €
6/7 important	35.000 à 50.000 €

7/7 très important	50.000 à 80.000 €
Exceptionnel	80.000 € et plus

B. Les préjudices extra-patrimoniaux permanents

1. Le déficit fonctionnel permanent (aspect non économique de l'IPP)

Il s'agit du préjudice non économique lié à la réduction du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel. Il s'agit d'un déficit définitif, après consolidation, c'est-à-dire que l'état de la victime n'est plus susceptible d'amélioration par un traitement médical adapté.

Ce poste de préjudice est défini par la Commission européenne (conférence de Trèves de juin 2000) et par le rapport Dintilhac comme :

« la réduction définitive du potentiel physique, psychosensoriel, ou intellectuel résultant de l'atteinte à l'intégrité anatomo-physiologique médicalement constatable, donc appréciable par un examen clinique approprié complété par l'étude des examens complémentaires produits, à laquelle s'ajoutent les phénomènes douloureux et les répercussions psychologiques, normalement liées à l'atteinte séquellaire décrite ainsi que les conséquences habituellement et objectivement liées à cette atteinte à la vie de tous les jours ».

Ce poste de préjudice permet donc d'indemniser non seulement le déficit fonctionnel a sens strict mais également les douleurs physiques et psychologiques, et notamment le préjudice moral et les troubles dans les conditions d'existence. Le préjudice moral ne doit donc plus faire l'objet d'une indemnisation autonome, puisqu'il est pris en compte au titre du déficit fonctionnel permanent.

En pratique, il est nécessaire que les experts ne se contentent pas de chiffrer le taux d'incapacité en fonction de la seule atteinte à l'intégrité physique de la victime, surtout si la mission d'expertise a été fixée par référence aux définitions de la nomenclature *Dintilhac* ; en pareil cas, l'évaluation par le juge s'en trouve faussée du fait de l'absence de prise en compte des autres éléments entrant désormais dans la définition du déficit fonctionnel permanent, ce qui contraint les avocats à conclure en « sous-postes » sur les souffrances et les troubles.

L'évaluation médico-légale de ce déficit se fait en pourcentage d'incapacité permanente partielle ou d'atteinte fonctionnelle du corps humain, une incapacité de 100 % correspondant un déficit fonctionnel total.

Le prix du point d'incapacité permanente partielle est fixé selon les séquelles conservées, le taux d'incapacité et l'âge de la victime. Plus le taux d'incapacité est élevé, plus le prix du point augmente ; le prix du point d'incapacité diminue avec l'âge.

En cas de décès de la victime entre la première instance et l'arrêt d'appel, le déficit fonctionnel permanent ne peut être indemnisé qu'au *prorata temporis* (Crim. 13 nov. 2013, n° 12-84.838).

L'aggravation des troubles dans les conditions d'existence peut justifier une indemnisation complémentaire au titre d'une aggravation du déficit fonctionnel permanent Civ. 2, 16 janv. 2014, n° 13-11.353).

En aucun cas le taux de déficit fonctionnel ne doit prendre en compte l'incidence du handicap sur l'activité professionnelle ; les conséquences professionnelles du déficit fonctionnel permanent doivent être indemnisées au titre des pertes de gains professionnelles futures et de l'incidence professionnelle.

Si la victime perçoit une rente accident du travail (ou une pension d'invalidité ou autre rente), la rente accident du travail s'impute d'abord sur les pertes de gains professionnels futurs et

sur l'incidence professionnelle ; si la rente est supérieure aux pertes de gains professionnelles futures et à l'incidence professionnelle, elle peut alors s'imputer sur le déficit fonctionnel permanent. (Civ. 2, 11 juin 2009).

Le référentiel indicatif des cours d'appel propose les indemnisations apparaissant dans le tableau suivant :

2013	0 à 10 ans	11 à 20 ans	21 à 30 ans	31 à 40 ans	41 à 50 ans	51 à 60 ans	61 à 70 ans	71 à 80 ans	81 ans et plus
1 à 5 %	2.100	1.950	1.780	1.610	1.440	1.270	1.100	950	800
6 à 10 %	2.425	2.250	2.050	1.850	1.640	1.420	1.200	1.025	850
11 à 15 %	2.750	2.550	2.320	2.090	1.840	1.570	1.300	1.100	900
16 à 20 %	3.075	2.850	2.590	2.330	2.040	1.720	1.400	1.175	950
21 à 25 %	3.400	3.150	2.860	2.570	2.240	1.870	1.500	1.250	1.000
26 à 30 %	3.725	3.450	3.130	2.810	2.440	2.020	1.600	1.325	1.050
31 à 35 %	4.050	3.750	3.400	3.050	2.640	2.170	1.700	1.400	1.100
36 à 40 %	4.375	4.050	3.670	3.290	2.840	2.320	1.800	1.475	1.150
41 à 45 %	4.700	4.350	3.940	3.530	3.040	2.470	1.900	1.550	1.200
46 à 50 %	5.025	4.650	4.210	3.770	3.240	2.620	2.000	1.625	1.250
51 à 55 %	5.350	4.950	4.480	4.010	3.440	2.770	2.100	1.700	1.300
56 à 60 %	5.675	5.250	4.750	4.250	3.640	2.920	2.200	1.775	1.350
61 à 65 %	6.000	5.550	5.020	4.490	3.840	3.070	2.300	1.850	1.400
66 à 70 %	6.325	5.850	5.290	4.730	4.040	3.220	2.400	1.925	1.450
71 à 75 %	6.650	6.150	5.560	4.970	4.240	3.370	2.500	2.000	1.500
76 à 80 %	6.975	6.450	5.830	5.210	4.440	3.520	2.600	2.075	1.550
81 à 85 %	7.300	6.750	6.100	5.450	4.640	3.670	2.700	2.150	1.600
86 à 90 %	7.625	7.050	6.370	5.690	4.840	3.820	2.800	2.225	1.650
91 à 95 %	7.950	7.350	6.640	5.930	5.040	3.970	2.900	2.300	1.700
96 % et plus	8.200	7.650	6.910	6.170	5.240	4.120	3.000	2.375	1.750

Exemple :

Un homme de 25 ans atteint d'un déficit fonctionnel de 32% pourra être indemnisé à hauteur de 3.400 € le point, soit : 3.400 € X 32 = 108.800 €.

**Berichte über die Gruppenarbeiten
zum künftigen Zivilrecht /
*Rapports sur les travaux en groupe
sur le droit civil futur***

Bemessungsfragen von Schadenersatz und Schmerzensgeld im Rechtsvergleich

NIKOLAUS KRAUSLER



Ein Video mit einer Kurzzusammenfassung des Beitrags ist unter <https://youtu.be/ij7fkRRP68c> verfügbar.

Jede natürliche sowie auch jede juristische Person hat nach den Grundsätzen der römischrechtlich geprägten Rechtsordnungen im Sinne des Prinzips „casum sentit dominus“ prinzipiell jeden Schaden, der sich in ihrem Vermögen bzw. ihrer Person ereignet

hat, als Teil des allgemeinen Lebensrisikos selbstständig zu tragen.¹ Das Rechtsinstitut des Schadensersatzrechts² regelt hiebei die Ausnahmen von dieser Regel und bestimmt die Zurechnungsgründe, nach denen eine Schadensüberwälzung möglich werden kann und beantwortet damit die Frage, wer letztendlich den entstandenen Schaden zu tragen hat.³

Welche Schadenshöhe vorliegt und auf welche Art und Weise der Schädiger den Schadensersatzanspruch des Geschädigten befriedigen muss, hängt von den Grundsätzen und rechtspolitischen Entscheidungen der heranzuziehenden Rechtsordnung ab.

Die Arbeitsgruppe „Bemessungsfragen von Schadensersatz und Schmerzensgeld im Rechtsvergleich“ hat in diesem Zusammenhang interessante Erkenntnisse für die teilnehmenden deutschen und französischen Studierenden zu Tage gefördert. So bestehen zwischen der österreichischen, der deutschen und der französischen Privatrechtsordnung bereits hinsichtlich der Grundprinzipien, auf denen das jeweilige System des Schadensersatzrechts basiert, deutliche Unterschiede, welche im Folgenden einer kurzen Darstellung und Analyse unterzogen werden.

¹ *Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Band II Besonderer Teil*, 2. Auflage 1984, Rn. 100; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 15. Auflage 2019, Rn. 1326; OGH 15.03.1951, 2 Ob 169/51; OGH 06.03.1980, 8 Ob 523/79 SZ 53/41.

² In Österreich ist die Bezeichnung Schadensersatz die üblicherweise angewendete Schreibweise.

³ *Graf/Gruber, Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 11. Auflage 2015, Rn. 1; *Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht Band III Schuldrecht Besonderer Teil*, 5. Auflage 2015, Rn. 13/1; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II, 15. Auflage 2019, Rn. 1324 ff.

I. Österreich

Nach der Legaldefinition des § 1293 Satz 1 ABGB⁴ ist unter einem Schaden jeder Nachteil zu verstehen, der jemandem an seinem Vermögen, an seinen Rechten oder auch direkt an seiner Person zugefügt worden ist. Die ersten beiden Varianten werden Vermögensschäden genannt, die dritte als ideeller Schaden (Schmerzensgeld)⁵ bezeichnet.⁶

Vermögensschäden sind wiederum, dem so genannten gegliederten Schadensbegriff zufolge, in den positiven Schaden und den entgangenen Gewinn einzuteilen.⁷ Positiver Schaden liegt vor, wenn ein im Zeitpunkt der Schädigung schon vorhandenes Vermögensgut beeinträchtigt wird oder dem Geschädigten durch die Schädigung eine Verbindlichkeit bzw. ein Aufwand entsteht.⁸ Entgangener Gewinn ist gegeben, wenn eine Chance auf eine zukünftige bereits mit einer nicht geringen Wahrscheinlichkeit behaftete Vermögensvermehrung in Aussicht steht, diese durch das schädigende Ereignis jedoch zunichtegemacht wird.⁹

Je nach Verschuldensgrad wird gem § 1324 ABGB entweder nur der positive Schaden (leichtes Verschulden - „eigentliche Schadloshaltung“) oder zusätzlich auch der entgangene Gewinn

⁴ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (ABGB) JGS 1811/946 idF BGBl I 2019/69.

⁵ In Österreich ist die Bezeichnung Schmerzensgeld die üblicherweise angewendete Schreibweise.

⁶ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1997, Rn. 2/3; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 (Stand 01.01.2018, rdb.at), Rn. 3 ff.

⁷ *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 (Stand 01.01.2018, rdb.at), Rn. 8.

⁸ *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB, 5. Auflage 2017, § 1293 Rn. 4.

⁹ *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1293 (Stand 01.01.2018, rdb.at), Rn. 16.

ersetzt (grobes Verschulden - „volle Genugtuung“). Beides zusammen wird als „Interesse“ bezeichnet.¹⁰

Im Hinblick auf die Art des Schadensersatzes ist der Vermögensschaden auf eine weitere Art und Weise einzuteilen. Die tatsächliche durch das Schadensereignis herbeigeführte Veränderung des verletzten Rechtsguts wird als realer Schaden bezeichnet und spielt eine große Rolle bei der so genannten Naturalherstellung, welche die Herbeiführung jenes Zustandes bezweckt, in dem das geschädigte Rechtsgut zuvor existierte.¹¹ Dies ist bspw. die Reparatur eines beschädigten Kraftfahrzeugs. Nach § 1323 ABGB ist der Schadensersatz primär durch Naturalherstellung zu leisten. Die Naturalherstellung stellt daher das eigentliche Prinzip dar, wie ein Schaden durch den Schädiger ersetzt werden muss, da jene am meisten dem Ausgleichsgedanken des Schadensersatzrechts sowie dem Integritätsinteresse (Restitutionsinteresse) des Geschädigten entspricht.¹²

In Fällen, wo dies unmöglich (komplette Zerstörung im Sinne eines Totalschadens) oder untunlich ist (wirtschaftlicher Totalschaden, da Reparatur teurer als der vorherige Wert) oder nach hL¹³ und stRsp¹⁴ vom Geschädigten schlichtweg nicht gewünscht wird, gilt es, den Schaden in Form einer Geldleistung zu begleichen, wodurch dem Wertinteresse bzw. Kompensationsinteresse des Geschädigten Rechnung getragen wird. Dies wird als rechnerischer Schaden bezeichnet und stellt daher die

¹⁰ *Graf/Gruber*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 11. Auflage 2015, 3 f.; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II, 15. Auflage 2019, Rn. 1351.

¹¹ *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB, 15. Auflage, § 1323 Rn. 1.

¹² *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979) 46 ff.; *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (1995) 155; OGH 25.01.1978, 1 Ob 1/78 SZ 51/7; OGH 10.05.1989, 2 Ob 2/89; OGH 29.05.2012, 9 Ob 50/11k.

¹³ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I Allgemeiner Teil, 3. Auflage 1997, Rn. 9/23.

¹⁴ OGH 21.12.1999, 4 Ob 343/99s; OGH 03.11.2005, 6 Ob 180/05x; OGH 09.10.2007, 10 Ob 44/07d.

in Geld ausgedrückte Verminderung des Vermögens bzw. des Rechtsgutes des Geschädigten dar.

Die h.L.¹⁵ sowie st. Rspr.¹⁶ nimmt nach dem Grad des Verschuldens eine Einteilung vor, welche Berechnungsmethode zu welchem Zeitpunkt in Anspruch genommen werden kann. Hat der Schädiger den durch ihn verursachten Schaden lediglich leicht fahrlässig herbeigeführt, so wird jener objektiv-abstrakt berechnet. Dies bedeutet, dass nur der Wert des verletzten Rechtsguts vor und nach der Beschädigung für die Schadensberechnung heranzuziehen ist.¹⁷ Sonstige wertverändernde Umstände, die in der Sphäre des Geschädigten liegen (z.B. eine komplettierte Sammlung an wertvollen Vasen ist durch die Beschädigung einer einzelnen Vase nun insgesamt weniger wert), spielen für die Schadensermittlung keine Rolle und werden daher nicht mitberücksichtigt. Nur der vom Gesamtvermögen des Geschädigten losgelöste und damit „abstrahierte“ Wert des verletzten Rechtsgutes ist für die Ermittlung der Schadenshöhe von Relevanz.¹⁸

Hat der Schädiger den durch ihn verursachten Schaden grob fahrlässig bzw. vorsätzlich herbeigeführt, kommt es zur Anwendung der subjektiv-konkreten Berechnungsmethode.¹⁹ Darunter

¹⁵ F. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964) 28 f.; Koziol, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage 1997, Rn. 2/56 ff.; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, 3. Auflage, § 1293 Rn. 8.

¹⁶ OGH 11.05.1978, 6 Ob 572/78; OGH 19.11.1986, 8 Ob 40/86; OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 ecolex 1996, 94 = EvBl 1996/79 = SZ 68/191 (seit OGH 21.06.2011, 1 Ob 46/11p ist hiervon jedoch in gewisser Hinsicht eine Abkehr zu erkennen).

¹⁷ Koziol, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage, Rn. 2/19 und 2/71; Hinteregger in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.04} § 1332 Rz 2 (Stand 01.04.2018, rdb.at).

¹⁸ Koziol, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage, Rn. 2/56 und 10/13; F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 191; v. Bar, Deliktsrecht in Europa: Landesbericht Österreich (1993) 38; OGH 19.11.1986, 8 Ob 40/86; OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 ecolex 1996, 94 = EvBl 1996/79 = SZ 68/191; OGH 25.03.1999, 6 Ob 201/98x.

¹⁹ Harrer, Schadenersatzrecht (1999) 76.

verstehen man, dass hier konkret auf die Vermögensverhältnisse des Geschädigten vor und nach der schädigenden Handlung eingegangen wird. Dabei wird eine Gesamtschau durchgeführt, die die Differenz zwischen der heutigen Vermögenslage des Geschädigten und dem Vermögensstand, der ohne das schädigende Ereignis theoretisch bestehen würde, ermittelt, sodass bei der Zerstörung der zuvor erwähnten Vase, die Teil einer komplettierten Sammlung war, die Schädigungshandlung einen weiteren Negativposten im Vermögen des Geschädigten auslöst. Auf diesen zusätzlichen Schaden ist bei der subjektiv-konkreten Berechnungsmethode miteinzugehen, sodass die zerstörte Vase als bisheriger Teil der Sammlung anteilmäßig mehr wert war und dem Geschädigten schlussendlich auch ein höherer Ersatz gebührt.²⁰

Hinsichtlich des Ersatzes ideeller Schäden ist das österreichische Recht restriktiv ausgestaltet worden. Ein grundsätzlicher Ersatz derartiger Schäden existiert nicht, es sei denn, das Gesetz ordnet diesen an.²¹ Dies ist gem. § 1325 ABGB beim Schmerzensgeld der Fall. Eine Berechnungsmethode der jeweils zu bestimmende Schmerzensgeldhöhe lässt sich dem ABGB jedoch nicht entnehmen. Die generelle und abstrakte Formulierung dieses Paragraphen überlässt vielmehr den Richtern im Rahmen des zivilgerichtlichen Verfahrens nach freier Überzeugung gem

²⁰ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rn. 21 (Stand 01.01.2018, rdb.at); *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I, 3. Auflage, Rn. 2/77; OGH 10.09.1975, 1 Ob 173/75 EvBl 1976/91; OGH 10.10.1991, 8 Ob 544; OGH 24.04.2012, 2 Ob 114/11W Zak 2012/458 = EvBl 2012/139 = ecollex 2012/362 = ZVR 2013/129 (*Huber*).

²¹ *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I, 3. Auflage Rn. 11/1; *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches Recht* II, 15. Auflage, Rn. 1353 f.

§ 273 ZPO²² und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die Bewertung der angemessenen Höhe des vom Schädiger zu entrichtenden Schmerzensgeldes.²³

Im Rahmen der Rechtsdogmatik und der Spruchpraxis der Gerichte haben sich unterschiedliche Ansätze zur Unterstützung der Richter bei der Bewertung herausgebildet, wobei hier das Tagssatzsystem auf Basis von Schmerzensgeldtabellen hervorzuheben ist. Nach diesem System wird sowohl die Dauer der Schmerzen (Stunden, Tage, Wochen), die Höhe der Schmerzen (leicht, mittel, stark) sowie der Grad der körperlichen Beeinträchtigung (Hautabschürfung, Bruch des Oberschenkels, Armlähmung etc.) für die Bemessung der Schmerzensgeldhöhe berücksichtigt, um eine möglichst objektive richterliche Bewertung zu ermöglichen.²⁴

II. Deutschland

Zwischen dem österreichischen und dem deutschen Schadenersatzrechtssystem bestehen deutliche Parallelen, jedoch auch eindeutige Unterschiede. Auch im deutschen Recht bildet die Basis für das Entstehen von Schadenersatzansprüchen der römischrechtliche Grundsatz „casum sentit dominus“. Die Zuweisung der Verantwortung für einen entstandenen Schaden an eine andere Person als an die des Geschädigten ist auch hier nur möglich, wenn die schädigende Handlung dem Schädiger zurechenbar ist und es sich um ein von diesem begangenes Unrecht handelt. Das Verschulden (*culpa*) bildet den Gegensatz zum

²² Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO) RGBl 1895/113 idF BGBl I 2018/109.

²³ *Flatschner-Thöni/Leiter-Scheiring/Winner*, Schmerzensgeld in Österreich: Eine quantitative Betrachtung, JRP 2014, 85 (85).

²⁴ *Greiter*, Schmerzensgeld nach einem Unfall (2006) 22 ff.; *Danzl*, Zivilrecht, in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller* (Hrsg), Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2008) 62 ff.

Zufall (casus) und bildet auch hier das elementare Anknüpfungskriterium für eine Schadensüberwälzung.²⁵

Anders als im österreichischen Recht mit § 1293 Satz 1 ABGB („Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist“) findet sich im deutschen BGB²⁶ keine Legaldefinition des Schadensbegriffes. Ein paralleles Begriffsverständnis im Verhältnis zum österreichischen Recht lässt sich jedoch aus § 823 Abs. 1 BGB entnehmen, welcher eine Schadensersatzpflicht dann als begründet qualifiziert, wenn jemand „vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt“. Das Vermögen iSd § 1293 Satz 1 ABGB ist hier dem Eigentum iSd § 823 Satz 1 BGB gleichzusetzen, der Begriff Person findet sich größtenteils in den verwendeten Begriffen Leben, Körper, Gesundheit sowie Freiheit wieder und der Nachteil bzw. die widerrechtliche Verletzung von Rechten ist in beiden Paragraphen anzutreffen.

Auch die Kategorisierung der unterschiedlichen Schadensarten ist in Österreich und Deutschland zum großen Teil deckungsgleich. So wird im deutschen Recht hinsichtlich des Vermögensschadens auch zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn unterschieden, wobei diese Unterscheidung im deutschen Recht weniger relevant ist als im österreichischen.²⁷ Ein positiver bzw. unmittelbarer Schaden ist - wie in Österreich - jener Schaden, der am verletzten Recht oder Rechtsgut

²⁵ *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Auflage 2017, Rn. 371.

²⁶ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl I 42, 2909; 2003 I 738), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl I 54) geändert worden ist.

²⁷ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Auflage 2003, Rn. 57 f.

selbst entsteht.²⁸ Dieser wird zum Teil auch als Verletzungsschaden bezeichnet.²⁹ Unter entgangenem Gewinn, der in die Gruppe der mittelbaren bzw. Folgeschäden fällt, versteht man im deutschen Recht ebenfalls eine Gewinnaussicht, die zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses bereits mit großer Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.³⁰ Hier zeigt sich der erste große Unterschied zum gegliederten Schadensbegriff des österreichischen Schadenersatzrechts. Zwar werden positive Schäden in Österreich immer ersetzt, der entgangene Gewinn kann jedoch nur dann vom Schädiger verlangt werden, wenn grobes Verschulden vorliegt. Dieses ist nur gegeben, wenn die schädigende Person den Schaden grob fahrlässig bzw. vorsätzlich herbeigeführt hat.³¹ Eine derartige Unterscheidung existiert im deutschen Recht nicht, da der entgangene Gewinn ohne Rücksicht auf den Verschuldensgrad des Schädigers immer zu ersetzen ist. Dies geht auf den Grundsatz der Totalreparation zurück, nach welchem der Schädiger verpflichtet ist, den gesamten ihm zurechenbaren Schaden zu ersetzen.³²

Weiters ist die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn, welcher an der romanistischen Unterscheidung zwischen „damnum emergens“ und „lucrum

²⁸ *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadenersatzrecht, 9. Auflage, Rn. 384.

²⁹ *Lange/Schiemann*, Schadenersatz, 3. Auflage 2003, Rn. 67 f.

³⁰ *Oetker* in *Säcker/Rixecker/Oetker*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band II Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 7. Auflage 2016, § 252 Rn. 4; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadenersatzrecht, 9. Auflage, Rn. 384; *Lange/Schiemann*, Schadenersatz, 3. Auflage 2003, Rn. 67 f.

³¹ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht 28 f.; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage, Rn. 2/56 ff.; *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, 3. Auflage, § 1293 Rn. 8; OGH 11.05.1978, 6 Ob 572/78; OGH 19.11.1986, 8 Ob 40/86; OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 = *ecolex* 1996, 94 = *EvBl* 1996/79 = *SZ* 68/191 (seit OGH 21.06.2011, 1 Ob 46/11p ist hievon jedoch in gewisser Hinsicht eine Abkehr zu erkennen).

³² *Schiemann* in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch II Recht der Schuldverhältnisse §§ 249 - 254, 15. Auflage 2017, § 249 Rn. 2 f., § 252 Rn. 6.

cessans“ anknüpft, in der deutschen Rechtswissenschaft nicht derart von Relevanz, da man den entgangenen Gewinn in seiner Form als potentielle Gewinnaussicht als ein bereits im Vermögen vorhandenes Gut qualifiziert, dessen Schmälerung zu ersetzen ist.³³ Das österreichische Schadensersatzrecht ist somit dem Grunde nach restriktiver ausgestaltet als die deutschen Haftungsregelungen.

Wendet man sich der Schadensbemessung und den möglichen Bewertungsmethoden für die Höhe des zu ersetzenden Schadens zu, so zeigen sich hier die deutlichsten Unterschiede zwischen dem österreichischen und dem deutschen Recht. In Deutschland orientiert man sich im Gegensatz zu Österreich nicht am Verschuldensgrad des Schädigers (bei leichtem Verschulden kommt es nur zum Ersatz des positiven Schadens und zur Anwendung der objektiv-abstrakten Berechnungsmethode und bei grobem Verschulden wird zusätzlich auch der entgangene Gewinn ersetzt und die subjektiv-konkrete Methode zur Berechnung herangezogen). Die Art der Schadensberechnung ergibt sich direkt aus § 249 Abs. 1 BGB, welcher als Regelform der Schadensberechnung eine konkrete Methode vorgibt.³⁴ Dies bedeutet, dass unabhängig vom Verschuldensgrad anhand der sogenannten Gesamtvermögensdifferenztheorie³⁵ die umfassende Vermögenslage des Geschädigten vor und nach dem schädigenden Ereignis betrachtet wird, sodass nicht nur das verletzte Vermögensgut und damit nur ein Ausschnitt aus dieser Entwicklung betrachtet wird, wie es im österreichischen Recht bei Heranziehung der objektiv-abstrakten Methode der Fall ist.³⁶

³³ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Auflage 2003, Rn. 57 f.

³⁴ *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Auflage 2003, Rn. 353.

³⁵ Diese wird auch als Differenzhypothese, Differenztheorie, Differenzschadenstheorie oder Interessetheorie bezeichnet. Näheres siehe *Weychardt*, Wandlungen des Schadensbegriffes in der Rechtsprechung, 1965, 25.

³⁶ *Wilk*, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes, 1983, 15; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Auflage 2016, Rn. 379 ff.

Zwar gibt es auch eine abstrakte Berechnungsmethode in Deutschland, diese findet jedoch nur bei der Berechnung des entgangenen Gewinns ihre Anwendung, falls die Berechnung des tatsächlich im konkreten Einzelfall vorliegenden entgangenen Gewinns zu Beweisschwierigkeiten seitens der geschädigten Person führt. Hier wird ein Schadenseintritt nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eruiert.³⁷ Auch hier kann man erkennen, dass das österreichische Schadenersatzrecht deutlich restriktiver ausgestaltet worden ist als die deutschen Regelungen.

Parallelen lassen sich wiederum in der Einteilung zwischen materiellen und immateriellen Schäden feststellen. Gem. § 253 Abs. 1 BGB kann ein immaterieller Schaden nur dann ersetzt werden, wenn dies gesetzlich angeordnet wird. Dies ist hinsichtlich des Schmerzensgeldes wie im österreichischen Recht auch in Deutschland der Fall und wird im Gesetz in § 253 Abs. 2 BGB geregelt.

Hinsichtlich der Bemessung des Schmerzensgeldes zeigen sich auch deutliche Parallelen zum österreichischen Recht. So handelt es sich bei der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes ebenfalls um eine Ermessensentscheidung des Richters. Die heranzuziehenden Kriterien sind hier unter anderem das Maß der körperlichen Schmerzen und des psychischen Leides, der Verschuldensgrad des Schädigers sowie das Verhalten des Schädigers bzw. seines Haftpflichtversicherers nach der Tat (Verteidigung mit Behauptungen, die den Geschädigten persönlich verletzen oder ihm als Versuch planmäßiger Zermürbung erscheinen müssen).³⁸

³⁷ *Wilk*, Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes 17 ff; *Lange/Schiemann*, Schadenersatz, 3. Auflage 2003, Rn. 353 ff.

³⁸ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 12. Auflage 2013, Rn. 709 ff.

In der Praxis orientiert sich der Richter bei der Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe wie in Österreich an Schmerzensgeldtabellen,³⁹ um eine möglichst objektive richterliche Bewertung zu ermöglichen. Falls der Richter von diesen üblichen Sätzen wesentlich abgehen will, so hat er dies genau zu begründen.⁴⁰

III. Frankreich

Weisen das österreichische und das deutsche Schadensersatzrecht noch deutliche Parallelen auf, unterscheidet sich das französische Recht stark von den beiden zuvor genannten Systemen. Dies beginnt schon bei seiner gedanklichen Basis, welche nicht auf dem Prinzip „*casum sentit dominus*“ fußt. Französische Abhandlungen über das Schadensersatzrecht beginnen nicht mit der Prämisse, dass jeder Geschädigte auf Grund des allgemeinen Lebensrisikos den eintretenden Schaden grundsätzlich selbst zu tragen habe. Die klassischen Darstellungen konzentrieren sich schon am Beginn ihrer Ausführungen auf den Täter. Nach traditioneller französischer Auffassung beginnt man zunächst mit der Darstellung des Verschuldens, gefolgt von der Verursachung und behandelt zuletzt den Schaden.⁴¹

Das Gesetz selbst ist so wie die französische Rechtswissenschaft in Bezug auf das Schadensersatzrecht ebenso diametral zum österreichischen und deutschen Recht konstruiert worden. So beschränken sich die Ausführungen zum Schadensersatzrecht innerhalb des Code civil auf lediglich 5 Artikel (1240 - 1244 C. civ.),⁴² welche als Generalklauseln ausgestaltet worden sind.

³⁹ Vgl. *Hacks/Ring/Böhm*, Schmerzensgeld-Beträge, 37. Lieferung 2019; *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 15. Auflage 2019.

⁴⁰ *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, 9. Auflage 2016, Rn. 260.

⁴¹ *Moréteau*, Grundfragen des Schadenersatzrechtes aus französischer Sicht, in: Koziol (Hrsg), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 2010, Rn. 1/1, 1/90.

⁴² Version consolidée au 21 juillet 2019.

Art 1240 C. civ. normiert die Haftung für persönliches vorsätzliches Verhalten, Art 1241 C. civ. jene für fahrlässiges, mit der Haftung für fremdes Verhalten befasst sich 1242 Abs 1 (1. Alt) und die Sachhalterhaftung wird in den Art 1242 Abs 1 (2. Alt), 1243 und 1244 C. civ. geregelt. Alleine aus diesen 5 Generalklauseln hat die französische Rechtsprechung das heutige System des französischen Schadenersatzrechts entwickelt.⁴³

Hinsichtlich des Schadensbegriffes zeigt sich eine ähnlich kontrastreiche Situation. Durch die Formulierung der Generalklauseln gilt im französischen Recht grundsätzlich jede Beeinträchtigung sowohl materieller als auch immaterieller Art als Schaden im rechtlichen Sinn. Dadurch, dass prinzipiell keine Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung vorliegen muss, damit ein Schaden ersatzfähig wird, kann auch ein Nichtvermögensschaden eine Haftung begründen. So ist im Vergleich zu Deutschland oder Österreich ein Schaden auch dann zu ersetzen, wenn weder die Verletzung eines absoluten Rechts oder Schutzgesetzes noch eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung vorliegt.

Da hiedurch nicht nur für die Art des Schadens, sondern auch für den Kreis der Ersatzberechtigten keine Einschränkung galt, hat die französische Lehre und Rspr. seit der Kodifikation des C. civ. eine Eingrenzung der tatsächlich ersatzfähigen Schäden ausgearbeitet, um dadurch eine Ausuferung des Anwendungsbereichs zu vermeiden. So muss ein Schaden „direct“, „actuel“ und „certain“ sein, damit dieser ersetzt werden kann.⁴⁴ „Di-

⁴³ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht Band II Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse Sachenrecht, 2. Auflage 1986, Rn. 445 f.; *Gotthardt*, Länderbericht Frankreich, in *v. Bar* (Hrsg), Deliktsrecht in Europa, 1993, 14.

⁴⁴ In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kam es zur Ausgestaltung eines weiteren Kriteriums, welches nun jedoch wieder verworfen wurde. Zwar musste keine Rechtsgutverletzung vorliegen, doch wurde von Lehre und Rspr. verlangt, dass ein legitimes rechtlich geschütztes Interesse durch die Schädigung verletzt hat sein müssen. Näheres siehe: *Woyciechowski*, Haftungsgrenzen im französischen Deliktsrecht, 2017, 303 ff.

rect“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass mittelbar Geschädigte keinen Ersatz erhalten. Der Schaden muss eine unmittelbare und direkte Folge der schädigenden Handlung sein. Dies ist nur bei einem ausreichenden Kausalzusammenhang gegeben. Trauerschäden von Angehörigen Verstorbener weisen bspw. einen ausreichenden Kausalzusammenhang auf.

Unter „actuel“ und „certain“ versteht man den Umstand, dass ein sich erst in Zukunft noch verwirklichender Schaden nur dann ersetzt werden kann, wenn dieser vom Richter der Tatsacheninstanz als natürliche Fortsetzung des jetzigen Zustands qualifiziert werden kann. In diese Kategorie fallen Schäden, die bspw. als Folge einer erlittenen Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit oder als Folge des Todes eines Unterhaltspflichtigen entstehen.

Dadurch, dass keine weiteren Kriterien verlangt werden, ist das Begriffsverständnis für einen ersatzfähigen Schaden in Frankreich im Ergebnis deutlich umfangreicher als im österreichischen und deutschen System. Solange die oben genannten Kriterien („direct“, „actuel“ und „certain“) erfüllt sind, kommt es in Frankreich grundsätzlich sowohl zum Ersatz von bloßen bzw. primären Vermögensschäden als auch von Schäden, die erst durch die Vermittlung eines beim Erstgeschädigten eingetretenen Schadens bei einem Dritten eintreten („dommages par ricochet“). Dies ist in Österreich sowie in Deutschland in derart umfangreicher Form nicht möglich.

Neben diesem weiten Schadensbegriff basiert die Kategorisierung der Schadensarten in Frankreich ebenfalls auf einem anders gestalteten Fundament. So wird prinzipiell nur zwischen „dommage“ und „préjudice“ unterschieden. Beim „dommage“ handelt es sich um den tatsächlichen Schaden, beim „préjudice“ handelt es sich um die aus dem tatsächlichen Schaden sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen. Anders ausgedrückt wird als „préjudice“ der ersatzfähige Schaden bezeichnet. Als „préjudice“ gelten Vermögensschäden („préjudice patrimonial“) als auch

immaterielle Schäden („*préjudice extrapatrimonial*“). Hier ist die Kategorisierung ähnlich gestaltet wie im österreichischen und deutschen Schadenersatzrecht.

Eine Parallele zum deutschen Recht zeigt sich in dem Umstand, dass die Haftungshöhe nicht vom Grad des Verschuldens abhängig ist, wie es in Österreich der Fall ist. Auf Basis des Prinzips des vollen Ersatzes wird auch in jedem Schadensfall der entgangene Gewinn ersetzt.⁴⁵

Diejenigen Fragen, die sich mit der Schadensbemessung auseinandersetzen, wie die Anwendung einer konkreten oder abstrakten Berechnungsmethode sowie die Gesamtvermögensdifferenztheorie, entziehen sich in Frankreich größtenteils der Diskussion. Dies liegt an dem Umstand, dass es in Frankreich zu den Aufgaben des Richters der Tatsacheninstanz zählt sowohl die Bewertung als auch die Bemessung des Schadens durchzuführen. Dessen Entscheidung kann in weiterer Folge auch nicht vom Kassationsgerichtshof nachgeprüft werden.

Hinsichtlich der Bewertung und Bemessung von Schmerzensgeld existieren wiederum – parallel zu Deutschland und Österreich – auch in Frankreich inoffizielle Schmerzensgeldtabellen, die dem einzelnen Richter als Hilfe dienen sollen, um eine möglichst objektive Bewertung durchzuführen.⁴⁶

IV. Diskussionsergebnisse hinsichtlich möglicher Digitalisierungstendenzen - Vorreiter Frankreich

Wie der Rechtsvergleich zeigt, unterscheiden sich das österreichische, deutsche und französische Schadenersatzrechtssystem zum Teil deutlich voneinander. Dies beginnt bereits bei der gedanklichen Basis, auf der die jeweiligen Schadenersatzsysteme

⁴⁵ *Gotthardt in v. Bar* (Hrsg), *Deliktsrecht in Europa*. 1993, 67.

⁴⁶ *Moréteau in Koziol* (Hrsg), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 65; *le Tourneau*, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, 9. Auflage 2014, Rn. 1555.

aufgebaut sind und geht bis hin zum Umfang der Haftungsregime, wobei Österreich das restriktivste und Frankreich das im Vergleich extensivste System aufweist.

Allen gemeinsam ist jedoch bei der Bemessung der Schmerzensgeldhöhe die Heranziehung von Schmerzensgeldtabellen und einer dadurch eintretenden Objektivierung der richterlichen Ermessensentscheidung. Jedoch existiert durch das Fehlen offizieller staatlicher Entscheidungssammlungen eine zum Teil recht inhomogene Entscheidungspraxis. So kommt es selbst in dem im Verhältnis zu Deutschland und Frankreich flächenmäßig relativ kleinen Land Österreich zu zum Teil recht stark voneinander abweichenden zugesprochenen Schmerzensgeldhöhen für ein und denselben Schaden abhängig davon, in welchem Gerichtssprengel man sich befindet. So werden im OLG-Sprengel Innsbruck einer geschädigten Person durchschnittlich 13.741 € zugesprochen, im OLG Sprengel Linz beläuft sich die Schmerzensgeldhöhe auf durchschnittlich 25.970 €. Eine ähnliche Diskrepanz zeigt sich auch in Deutschland und Frankreich.

Um dieses Problem zu lösen hat nun Frankreich ein Vorreiterprojekt gestartet. Nachdem auch dort nur vereinzelt durch Gerichte offizielle Entscheidungssammlungen erstellt wurden, war eine Bewertung der angemessenen Entschädigung sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich teilweise willkürlich. Die *Commission Lambert-Faivre* hat daher die Erarbeitung eines so genannten *Référentiel indicatif national statistique et évolutif* ins Leben gerufen, bei dem es sich um ein nationales Bezugssystem gestützt auf statistische, fortschreitend aktualisierte Daten handelt. Darüber hinaus plant das französische Justizministerium in Zusammenarbeit mit dem Kassationsgerichtshof die Errichtung einer umfassenden Datenbank, die die bisher existierenden inoffiziellen Schmerzensgeldtabellen ersetzen soll, um eine einheitlichere Rechtsprechung zu garantieren.⁴⁷

⁴⁷ Weber, Neueste Entwicklungen der Bemessung und Durchsetzung von Ansprüchen aus erlittenen Körperschäden nach Verkehrsunfällen 8;

Auf Basis dieser Entwicklung kann man sich nun die Frage stellen, ob das Erstellen einer derart umfassenden Datenbank auch für eine mögliche Digitalisierung im Bereich der Ermittlung von Schadenersatzhöhen verwendet werden kann und so der Richter in diesem Bereich in letzter Konsequenz durch ein Computerprogramm ersetzt werden könnte. In anderen Bereichen und anderen Ländern hat dies bereits stattgefunden. So wird in den Vereinigten Staaten von Amerika im Bereich des Strafrechts mit Hilfe eines Algorithmus die Sozialprognose von angeklagten Personen erstellt, nach denen der Richter schließlich über das Strafmaß entscheidet.⁴⁸

In den Niederlanden können bspw. scheidungswillige Paare statt des Richters auch einen digitalen Schlichter einschalten, um die Einzelheiten ihrer Trennung zu klären. Statt vor Gericht zu ziehen, zahlen die Scheidenden eine geringe Gebühr, um ein Computersystem nach den rechtlichen Optionen zu befragen. Geleitet von Erfahrungswerten, Algorithmen und künstlicher Intelligenz, wird schließlich ein Vorschlag erstellt, wie die beste Lösung aussehen könnte.⁴⁹

In Estland wiederum – einem Vorreiter in Sachen Digitalisierung – sollen durch den Einsatz von künstlicher Intelligenz Richter entlastet werden, indem durch einen Algorithmus bei kleinen Rechtsstreitigkeiten mit einer Schadenssumme bis zu

https://www.brainguide.de/upload/publication/19/nocj/492d87f9a271c1dac36da5d5b04a8dba_1311535758.pdf (zuletzt abgerufen am 26.07.2019); mehr zu diesem Regierungsprogramm siehe: <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/lindemnisation-du-dommage-corporel-11922.html> (zuletzt abgerufen am 06.08.2019).

⁴⁸ Algorithmen sprechen Recht - Vom Computer zur Gefahr für die Gesellschaft erklärt <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/algorithmen-werden-in-amerika-bei-gerichtsprozessen-genutzt-16230589.html?GEPC=s3> (zuletzt abgerufen am 06.08.2019).

⁴⁹ Scheidung per Algorithmus: Wie Computer den Richter ersetzen, <https://www.piqd.de/zukunft-der-arbeit/scheidung-per-algorithmus-wie-computer-den-richter-ersetzen> (zuletzt abgerufen am 06.08.2019).

7.000 € digital und ohne menschliche Mithilfe ein Urteil gefunden werden soll. In der Theorie sollen die beiden Verhandlungsseiten relevante Dokumente in ein System einspeisen, das den Streitfall anhand von bereits bestehenden Urteilen und Erfahrungswerten von Richtern auswertet und so zu einer Entscheidung kommt.⁵⁰

Wie man an diesen Beispielen sieht, hat man für die Digitalisierung in unterschiedlichen Rechtsbereichen in manchen Ländern bereits die ersten großen Schritte gesetzt. Dass eine Digitalisierung auch in Bezug auf die Festsetzung einer angemessenen Schmerzensgeldhöhe innerhalb der Justiz von Frankreich, Österreich und Deutschland in Erwägung gezogen werden sollte, hat die Diskussion innerhalb der Arbeitsgruppe deutlich gezeigt.

Das Hauptargument für eine derartige Digitalisierung war die Entlastung der Richter in Bezug auf Bagatellfälle, um so das System effizienter und effektiver zu gestalten. Jedoch muss auch eine gewisse Grenze gezogen werden, die in Amerika bspw. als bereits überschritten betrachtet werden kann. Gerade Sozialprognosen auf Basis von Ergebnissen eines Algorithmus durchzuführen entfernt die menschliche Komponente in einem Bereich der Urteilsfindung, wo der Mensch ein essenzieller Bestandteil bleiben sollte.

Inwiefern es zu einer möglichen Digitalisierung bzw. Automatisierung der Schadensbemessung durch die Schaffung einer umfassenden sowie einheitlichen Tabelle kommen kann, ist mit dem jetzigen Stand der Technik noch fraglich. Die Aufgabe der Schadensbemessung einer Maschine zu überlassen, die auf Basis einer Tabelle automatisch Entscheidungen fällt, kann auch zu Problemen führen. Der Richter selbst würde seine wichtige Rolle

⁵⁰ Euer Ehren Roboter - Estland will Richter durch künstliche Intelligenz ersetzen, <https://www.derstandard.at/story/2000100613536/justiz-estland-will-richter-durch-kuenstliche-intelligenz-ersetzen> (zuletzt abgerufen am 06.08.2019).

im Verfahren einbüßen, da es schlussendlich immer noch auf den jeweiligen Einzelfall ankommt, der von einer Maschine nicht umfassend erfasst werden kann.

Eine Digitalisierung bzw. Automatisierung in Bezug auf eine Unterstützung des Richters bei der Entscheidung, wie der Schaden zu bemessen ist, sollte weiterverfolgt und vor allem in Österreich und Deutschland weiter ausgebaut werden. Man könnte hier m.E. über die Einführung eines „virtuellen Gutachters“ nachdenken, der alle relevanten Sachverhaltselemente auf Basis vorhandener Datensätze beurteilt und so zu einer Einschätzung gelangt, wie hoch ein angemessenes Schmerzensgeld ausfallen sollte. Hier ist die Erarbeitung einer umfassenden landesweiten Datenbank essenziell. In Frankreich wurde der erste Schritt hierfür bereits gesetzt, in Österreich und Deutschland lässt dieser jedoch noch auf sich warten.

Sich hier in Zukunft am französischen Weg mehr zu orientieren, stellt das abschließende Ergebnis der in der Arbeitsgruppe geführten Diskussion dar. Die Unterstützung in der Entscheidungsfindung ist der richtige Weg, um eine effizientere und effektivere Urteilsfindung innerhalb des Justizsystems zu ermöglichen. Den Richter im letzten Schritt durch die Schaffung einer derartigen Datenbank ersetzen zu wollen, sollte jedoch nicht angestrebt werden, da der Mensch auch weiterhin der wichtigste Entscheidungsträger innerhalb des Justizsystems bleiben sollte.

***Blockchain* – Bruch mit den geltenden Zivilrechten?**

MICHAEL KEUCHEN

I. Einleitung – Aktueller Stellenwert der Blockchain-Technologie in der Gesellschaft?

Bitcoin, *Blockchain*, *Ethereum* oder *Decentralized Autonomous Organization (DAO)*¹ sind für viele unbekannte Begriffe. Häufig werden die Worte Bitcoin und Blockchain synonym verwendet.² Welche Funktionsweise dahintersteckt, ist vielen paradoxerweise, trotz nahezu völliger öffentlicher Zugänglichkeit und Transparenz vom Code, den Prozessen und Modalitäten – zumindest bei Bitcoin – unbekannt. So gaben 2018 bei einer Umfrage von Bitkom Research (n= 1.009) 64 % der Befragten an, dass sie von Bitcoin schon einmal gehört haben, wobei 72 % der Befragten kein Interesse an einer Nutzung von Bitcoin haben.³ 2016 lag der Bekanntheitsgrad danach noch bei 34 %. Vergleicht man dies mit der *Blockchain*, kam eine Umfrage von PwC (n= 1.048) im Jahr 2016 zu dem Ergebnis, dass summiert nur 19 % der Befragten den Begriff kannten.⁴ Es ist äußerst bemerkenswert, dass ein konkretes, teils sogar sehr umstrittenes

¹ Ausführlich *Jentzsch*, *Decentralized Autonomous Organization to automate governance*, zuletzt am 20.05.2019 abgerufen unter <https://download.slock.it/public/DAO/WhitePaper.pdf>; *Mann*, NZG 2017, 1014.

² *Krupar*, in: *Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmerman*, *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht*, Berlin 2018, S. 161, 162.

³ Bitkom Research, Inzwischen kennen zwei Drittel der Bundesbürger Bitcoin, Bitkom vom 15.02.2018, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Inzwischen-kennen-zwei-Drittel-der-Bundesbuenger-Bitcoin.html>.

⁴ PwC, *Privatkundengeschäft der Zukunft*, PwC vom Juli 2016, <https://www.pwc.de/de/finanzdienstleistungen/digital/pwc-befragung-privatkundengeschaeft-der-zukunft.pdf>, S. 16.

Anwendungsbeispiel – man denke nur an *Bitcoin*⁵ und *Darknet* mit seinen illegalen Inhalten – deutlich präsenter ist als die dahinterliegende universelle Technologie mit einer Vielzahl an Einsatzmöglichkeiten. Bei der Web 2.0. Technologie mag man ein deutlich ausgeglicheneres Verhältnis zwischen Produkten und der Technologie vermuten.⁶ Hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten waren 2017 den 266 Befragten im oberen und mittleren Management von mittelständischen Unternehmen 38 % ein Einsatz für Kryptowährungen, 12 % für das Verwalten von Grundbucheinträgen, 15 % für intelligente Vertragsverwaltung (*Smart Contracts*) und schließlich 43 % keine der genannten Einsatzmöglichkeiten bekannt.⁷

Bei der Überlegung hinsichtlich eines Blockchain-Einsatzes sind grundlegende gesellschaftliche, rechtliche und technische Fragestellungen aufzuwerfen, daneben ist stets die Sinn- und Zweckhaftigkeit auch im Vergleich zu tradierten Systemen und zentralen (Datenbank)-Lösungen zu hinterfragen. Inwieweit

⁵ Eine quantitative Analyse der Bitcoin-Blockchain hinsichtlich des Vorkommens von nicht-finanziellen Inhalten, bis hin zu pornografischen Schriften liefert *Matzutt et al.*, A Quantitative Analysis of the Impact of Arbitrary Blockchain Content on Bitcoin, 2018, zuletzt abgerufen am 11.08.2019 unter <https://roman-matzutt.de/paper/2018-fc-matzutt-bitcoin-contents.pdf>.

⁶ Nach einer Befragung von *dialego*, Anteil der Befragten, die schon einmal vom Begriff Web 2.0 gehört haben, statista Veröffentlichung vom Januar 2010, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/76142/umfrage/bekanntheit-begriff-web-20-2008-und-2009/>, war 61 % der Befragten 2009 das Web 2.0 ein Begriff. Interessant ist an dieser Stelle, dass zur selben Zeit durch die Veröffentlichung unter dem Pseudonym Satoshi Nakamoto der Durchbruch bei der Blockchain gelang und damit den Grundstein für Bitcoin gelegt war. Vergleicht man dabei die Entwicklungsgeschwindigkeiten und die Sichtbarkeit der Technologie, so ging es bei Web 2.0. deutlich schneller voran, da dieses seine Erwähnung in der Form erst um 2004 fand. Zu letzteren *O'Reilly*, What Is Web 2.0, oreilly.com vom 30.09.2005, <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>.

⁷ *eco* – Verband der Internetwirtschaft, Die Blockchain im deutschen Mittelstand, zuletzt abgerufen am 03.04.2019 unter https://www.eco.de/wp-content/blogs.dir/20170222_ergebnisse-blockchain-umfrage.pdf, S. 6 f.

das deutsche Zivilrecht für „die“ Blockchain gewappnet ist, ob es punktueller legislativer Maßnahmen bedarf oder sogar ein umfassendes *Blockchain-Law* geschaffen werden muss, ist hier zu diskutieren.

II. Aktuelle Einsatzszenarien der Blockchain-Technologie

Trotz der bereits angeklungenen Zurückhaltung gegenüber der Blockchain-Technologie existieren bereits vielseitige Anwendungsbeispiele und Experimente. Es gibt kaum Bereiche des Wirtschaftslebens, in welchen noch nicht Versuche mit der Blockchain unternommen wurden. Am prominentesten sind die mittlerweile kaum noch überschaubaren Kryptowährungen⁸. *Bitcoin*, *Ether*, *Dash* und *monero* sind nur die bekanntesten und alle zeichnen sich durch ihre Eigenheiten aus. Bitcoin zählt als das anonyme, anarchistischste und unkontrollierte Urgestein. Doch die Realität sieht mittlerweile anders aus: Wenige *Mining-pools* in China (81 %) ⁹ beherrschen das System, über 96,53 % der Bitcoins liegen auf 4,11 % der public keys¹⁰ und die Kosten (Gebühren und Energiekosten¹¹ der Miner) sind immens. Aus diesen Nachteilen hat man gelernt und in puncto Transparenz und Kosten optimiert. Ethereum ist um einiges salonfähiger, wenn es ein umfassendes System (Turing-Vollständigkeit) geschaffen hat, über welches mittels smart contracts allerlei weitere Rechtsgüter (assets) gehandelt werden können.¹² Mit diesen Ideen von

⁸ Unter <https://www.cryptocompare.com/> können die verschiedenen Kryptowährungen verglichen werden.

⁹ *Tuwiner*, Bitcoin Mining Pools, buybitcoinworldwide.com vom 29.01.2019, zuletzt abgerufen am 04.07.2019 unter <https://www.buybitcoinworldwide.com/mining/pools/>.

¹⁰ *Amoros*, This Chart Reveals the Centralization of Bitcoin Wealth, howmuch.net vom 18.09.2017, zuletzt abgerufen am 10.05.2019 unter <https://howmuch.net/articles/bitcoin-wealth-distribution>.

¹¹ *Heine*, NStZ 2016, 441, 442.

¹² *Müller*, ZfIR 2017, 600, 608.

Start-ups¹³ befassen sich mittlerweile große und tradierte Anbieter und denken über Transaktionen von Rechten mittels Blockchain nach. Warum nicht Urheberrechte, Musikrechte oder Lizenzrechte darüber übertragen und verwalten?¹⁴ Ähnliche Überlegungen stellen gleichsam die Staaten an. Das Spektrum reicht von Konsultationen und einer Strategiekonzeptionierung der deutschen Bundesregierung¹⁵, über partielle Implementierungen, z.B. von Grundbüchern über die Blockchain in Schweden¹⁶, bis hin zu dem umfassend digitalisierten Staat Estland, welcher mit einem äußerst holistischen Ansatz eine Vorreiterrolle einnimmt. Auf Basis des *electronic-ID-card Systems* wird es möglich, permissioned private Blockchains für ein *e-Health Record*, *e-Law* und *e-Court System*, *e-Police Data*-, *e-Banking*-, *e-Business*-, *e-Land-Registry* sowie eine *e-Prescription Database*, zu nutzen.¹⁷ In Grundbuchsachen konnte die durchschnittliche Bearbeitungsdauer von drei Monaten auf acht Tage reduziert werden.¹⁸ Dort haben die Bürger zunächst eine digitale Identität und können darüber sämtliche staatliche Dienste in Anspruch nehmen. Solche privaten Identitäten können im privaten Rechtsverkehr der Bürger zugleich genutzt werden, um einen digitalen

¹³ Einen Überblick liefert: All Blockchain Startups in Germany/Austria, zuletzt abgerufen am 10.05.2019 unter <https://www.chain.de/blockchain-startups>.

¹⁴ Ausführlich Schawe, MMR 2019, 218 ff.

¹⁵ Heide/Holtermann, Die Bundesregierung will ihre Blockchain-Strategie bis September vorlegen, Handelsblatt vom 19.02.2019, zuletzt abgerufen am 04.07.2019 unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/neue-datenbanktechnik-die-bundesregierung-will-ihre-blockchain-strategie-bis-september-vorlegen/24008612.html?ticket=ST-4175432-6xvuH9BY-RkgKDvRcoej3-ap5>.

¹⁶ Wagenknecht, Schweden nutzt jetzt offiziell die Blockchain für Grundbucheintragungen, btc-echo vom 07.07.2017, zuletzt abgerufen am 04.07.2019 unter <https://www.btc-echo.de/schweden-nutzt-jetzt-offiziell-die-blockchain-fuer-grundbucheintragungen>.

¹⁷ Estonian blockchain technology, zuletzt abgerufen am 05.04.2019 unter <https://e-estonia.com/solutions>.

¹⁸ E-estonia, e-land register, <https://e-estonia.com/solutions/interoperability-services/e-land-register>, zuletzt abgerufen am 05.04.2019.

Vertragsschluss und teils automatisierten Übergang von Rechten zu etablieren. Diese digitalen Identitäten sind die Voraussetzung für den Einsatz der Blockchain-Technologie. Gerade hierbei gibt es in Deutschland noch Verbesserungsbedarf. Nutzerseitig ist die Verbreitung von 17,7 Millionen e-IDs über den E-Personalausweis und die Bereitschaft, Behördengänge über das Internet zu erledigen, bei nur rund 10 % der Bürger stark ausbaufähig, genauso wie das Angebot verwaltungsseitig einheitlicher und flächendeckender Bürgerdienste.¹⁹

III. Das Prinzip einer Blockchain

Man begeben sich zurück in die Steinzeit. Erste Güter wurden von den Menschen gehandelt, Waren wurden ausgetauscht, also Schuldverhältnisse begründet. Die Anzahl an Warenübergängen stieg und somit die Anzahl von Gläubigern und Schuldnern. Ein enormer Geistesakt, sich diese Unmenge an Informationen zu merken. Nicht nur das. Schließlich musste man auf den Einwand einer Partei, man habe sich geirrt oder das sei doch gefälscht, zugleich sicher darlegen können, dass tatsächlich eine Schuld besteht. Doch nicht nur die Parteien mussten davon überzeugt sein, sondern es musste für die gesamte Gemeinschaft ersichtlich sein, wer die Wahrheit spricht. Bestenfalls, ohne auf das Vertrauen und die Aussage einer Person angewiesen zu sein. Diese könnte lügen oder unredliche Absichten verfolgen. Sondern vielmehr müsste die Wahrheit für jeden anhand von feststehenden Tatsachen erkennbar sein.

Das ist die Blockchain. Eine uralte Idee und ein notwendiger Annex der Menschheit. Zu Urzeiten bestand das Medium nicht

¹⁹ Ipsos, Von wegen digital: Großteil der Deutschen erledigt Behördengänge noch persönlich, zuletzt abgerufen am 04.07.2019 unter <https://www.ipsos.com/de-de/von-wegen-digital-grossteil-der-deutschen-erledigt-behoerdengange-noch-personlich>; Nagel, E-Personalausweis: Was den digitalen Amtsgang ausbremst, heise.de vom 01.03.2018, zuletzt abgerufen am 04.07.2019 unter <https://www.heise.de/newsticker/meldung/E-Personalausweis-Was-den-digitalen-Amtsgang-ausbremst-3983845.html>.

aus Bits und Bites, sondern aus Knochen oder Holz und Schnitzereien. Das Kerbholz, ein mit Symbolen versehenes Holzbrett mit Kerben, das in der Mitte gespalten wurde und sodann an Gläubiger und Schuldner ausgegeben wurde.²⁰ Damit ist jeder Versuch, eine Kerbe zu verfälschen, sofort aufgefallen, sobald die beiden Teile wieder aneinandergehalten wurden.²¹ Was damals²² die Kerbe war, sind heute Transaktionen von Kryptowährungen, Grundstücken, Urheberrechten²³, Geschäftsanteilen, Colored Coins²⁴ oder Tokens.²⁵ Diese werden gesammelt in einem Block mit weiteren Metadaten (Block-Header) und durch

²⁰ Harford, What tally sticks tell us about how money works, BBC vom 10.07.2017, zuletzt abgerufen am 10.05.2019 unter <https://www.bbc.com/news/business-40189959>.

²¹ Ferraris, Was ist Kapital? Wie steht es zum Geld? Was leistet die Blockchain? Ein Blick ins Neolithikum liefert erstaunliche Antworten, Neue Zürcher Zeitung vom 17.12.2018, zuletzt abgerufen am 10.05.2019 unter <https://www.nzz.ch/feuilleton/blockchain-geld-kerbholz-das-neolithikum-erklart-das-kapital-ld.1443274>.

²² Im Jahr 1834 wurden in England die 1100 eingeführten und 1826 abgeschafften tally sticks zur Steuerverwaltung im House of Lords verbrannt, was zu einem verheerenden Brand des Westminster Palace führte. Charles Dickens, Administrative Reform, in *Hotten, Speeches literary and social by Charles Dickens*, London 1870, S. 125, 132 f., pointiert, dass man das Feuerholz auch den Armen in der Nachbarschaft hätte geben können. Eine interessante Parallele zu dem ursprünglichen Ansinnen von Bitcoin, Spendenblockaden zu umgehen.

²³ Hajek, Fälschungssichere, universelle Transaktionen, ganz ohne Mittelsmann, Wirtschaftswoche vom 21.08.2017, <https://www.wiwo.de/unternehmen/banken/siegeszug-der-blockchain-faelschungssichere-universelle-transaktionen-ganz-ohne-mittelsmann/20169004-all.html>. So arbeitet Spotify mit dem Blockchain-Spezialisten Mediachain an einer Musikblockchain zur Dokumentation des Urhebers eines Werkes und der anschließenden Verwertung, was Rechterehalter überflüssig machen soll. Dies erscheint m.E. wegen der komplexen Abläufe und internationalen Verhandlungen mit einer Vielzahl von Künstlern und Vermarktern sowie einem „Rechteclearing“ als zu kurz gedacht; Schawe, MMR 2019, 218, 219.

²⁴ Blocher, AnwBl. 2016, 612, 617; Eine Bewertung des Einsatzes von colored coins bei der Grundstücksübertragung am Beispiel von Schweden bietet Lemieux, EPLJ 2017, 392, 412.

²⁵ Nach Art. 2 Nr. 1) c) des Liechtensteiner Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Vertrauenswürdige Technologie) ist ein Token eine Information auf

einen Hashwert versehen. Dieser Hashwert wird unter anderem in den nächsten Block eingetragen, so dass eine Verkettung der einzelnen Blöcke entsteht.²⁶ Ändert nun eine Partei einen Eintrag, so ist der Hashwert ein anderer und damit die Fälschung nachgewiesen, so wie es beim Aneinanderlegen der Kerbhölzer der Fall war.

IV. Technologische Rahmenbedingungen der Blockchain

1. Grundlegende Funktionsweise

Generell handelt es sich bei der Blockchain um eine besondere Art einer Distributed Ledger, also einer verteilten Datenbank mit hash-verketteten Listen, deren Datenaustausch durch ein Peer-to-Peer-Netzwerk mittels Konsensmechanismen dafür sorgt, dass eine Synchronisierung der Kopien erfolgt.²⁷

Eine wichtige Weichenstellung bei der Analyse der Blockchain-Technologie und deren rechtlichen Einschätzung ist es, die Betrachtung aus einer konkreten Anwendung heraus vorzunehmen. Eine Blockchain für viele Anwendungsfälle blind heranzuziehen, wird keine zufriedenstellende Lösung darstellen. Vielmehr müssen die der Technologie generell immanenten Vor- und Nachteile für ein konkretes Projekt betrachtet werden und unterschiedliche hybride Varianten mit der Blockchain-Technologie durchgespielt werden.

einem VT-System, die: 1. Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber einer Person, Rechte an Sachen oder andere absolute oder relative Rechte repräsentieren kann; und 2. einem oder mehreren VT-Identifikatoren zugeordnet wird.

²⁶ Eine ausführlichere technische Darstellung liefern *Böhme/Pesch*, DuD 2017, 473 ff.

²⁷ Bitkom e.V. (Hrsg.), *Blockchain und Datenschutz* Faktenpapier, bitkom vom 05.04.2018, <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Faktenpapier-Blockchain-und-Datenschutz.html>, S. 11.

2. Erscheinungsformen der Blockchains im Zivilrecht

Für eine rechtliche Einordnung und Bewertung ist eine genaue Differenzierung der jeweiligen Ausgestaltung der konkreten Blockchain-Lösung notwendig. Ob der Nutzerkreis beschränkt ist, ob es eine zentrale Autorität gibt, die über den Zugang entscheidet, und wie die Ausgestaltung der Nutzerrechte aussieht, ist maßgeblich. Auf der Skala der hybriden Gestaltungsmöglichkeiten²⁸ existieren als „Extremformen“ Modelle wie *permissioned*, *permissionless* oder *private* oder *public Blockchains*.²⁹

Im Zivilrecht wird insbesondere im Hinblick auf die individuellen Rechtsgeschäfte zwischen den Parteien auf *private permissioned Blockchains* zurückgegriffen werden.

V. Charakteristika der Blockchain-Technologie und deren rechtliche Auswirkungen

1. Fälschungssicherheit

Die Fälschungssicherheit der *Blockchain* und damit der einzelnen Einträge und Transaktionen auf Grund der Verwendung von Hashwerten, stellt einen entscheidenden Vorteil dar. Grundlegende beweisrechtliche Problemstellungen im Hinblick auf den Inhalt von Dokumenten lösen sich damit in Luft auf. Man denke z.B. an das Einlassungsverhalten von Gekündigten in Mietprozessen oder arbeitsgerichtlichen Verfahren, wenn nicht nur der Zugang der Kündigung bestritten wird, außerdem noch der Inhalt von dieser. Würde sowohl über den Zugang als auch über

²⁸ Ebenso existieren hier hybride Formen, so z.B. unter der Bezeichnung „*governed blockchain*“, welche den Zugang beschränkt und auf der Basis einer Binnenverfassung funktioniert. Dazu *Grigg*, *The Governed Blockchain*, 2018, zuletzt abgerufen am 14.05.2019 unter http://www.iang.org/papers/the_governed_blockchain.html; *Sanitt*, *Legal analysis of the governed Blockchain*, 2018, zuletzt abgerufen am 14.05.2019 unter <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/od56a3a5/legal-analysis-of-the-governed-blockchain>.

²⁹ *Welzel/Eckert/Kirstein/Jacumeit*, *Kompetenzzentrum Öffentliche IT, Mythos Blockchain - Herausforderung für den Öffentlichen Sektor*, 2017, S. 15.

den Inhalt ein Hashwert auf einer Blockchain gespeichert werden, könnten vorbezeichnete Einreden der Vergangenheit angehören.³⁰ Zur Überprüfung bedürfte es keines Sachverständigen, da es zum Sachverstand des Gerichts ohne weiteres gehören kann, ein von den Parteien im Bestreitensfalle vorgelegtes Dokument zu hashen und die beiden Hashwerte zu vergleichen,³¹ so wie es im Rahmen eines Augenscheins denkbar ist.³² Daneben ist vorteilhaft, dass die Dokumente nicht auf der Blockchain gespeichert werden müssen, sondern die Parteien die Daten bei sich behalten (*Off-Blockchain*).³³

Aus dieser Fälschungssicherheit wird häufig eine **Unveränderbarkeit** der Blockchain gefolgert und eine Unvereinbarkeit mit dem Vertragsrecht abgeleitet.³⁴ Dies ist aber nur bedingt zutreffend, da grundsätzlich die Funktionalitäten der Blockchain, wie auch die Änderungsmöglichkeiten durch entsprechenden Code

³⁰ Einen solchen Service bietet z.B. Proof of Existence an: <http://docs.prooffexistence.com/#/?id=common-uses>, zuletzt abgerufen am 18.04.2019.

³¹ Krupar, in: Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmerman, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, Berlin 2018, S. 161, 176.

³² Dafür ist es notwendig, dass alle beteiligten Akteure, wie Richter, Anwälte und Gerichtspersonal frühzeitig in der Technologie Blockchain geschult werden. So auch Graglia/Mellon, Blockchain and property in 2018: At the end of the beginning, zuletzt abgerufen am 11.04.2019 unter: https://www.newamerica.org/documents/2121/Graglia_Mellon_blockchain.pdf, S. 15. Wie beim Web 2.0. müssen die Grundbegriffe erlernt und die Funktionsweise verinnerlicht werden. Bestenfalls findet dies bereits in einer Juristenausbildung statt und in den Grundzügen, was die Technologie betrifft bereits in der Schule. Letztere begrüßenswerte Erwägung findet sich im Bayerischen Koalitionsvertrag der CSU und FW für die Legislaturperiode von 2018 – 2023, https://www.csu.de/common/csu/content/csu/hauptnavigation/dokumente/2018/Koalitionsvertrag_Gesamtfassung_final_2018-11-02.pdf, zuletzt abgerufen am 11.04.2019, S. 55.

³³ Wiefling/Lo Iacono/Sandbrink, DuD 2017, 482, 483; Schawe, MMR 2019, 218, 221.

³⁴ Kilian, NJW 2017, 3043, 350; Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1436; Seitz, Distributed Ledger Technology – Die Revolution hat begonnen und das Recht muss folgen, in: Taeger, Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Edewecht 2017, S. 777, 789.

implementierbar sind.³⁵ Ex ante können Befugnisse geschaffen werden, dass durch Einzelne, besonders Berechtigte (dezentrale Agenten oder zentrale Autoritäten), nach Abstimmung mit bestimmten Mehrheiten sowohl Änderungen am *Protocol-Code* als auch an einzelnen Transaktionen technisch implementierbar sind. Vorkommnisse wie der *DAO-Hack* haben gezeigt, dass ex post gleichsam Fehler im Code, in dem Fall durch einen *Hard Fork*, angegangen werden können.³⁶ Hier zeigt sich eindrucksvoll der wahre Herrscher hinter dem Code sowie der Grundsatz- und Wertungsentscheidungen, nämlich der Mensch.

Die *Blockchain*-Technologie ist im Grundsatz daher weder einer Änderung ex nunc, in Form von Rückabwicklungen nach Rücktritt gem. § 346 BGB oder Widerruf gem. § 355 BGB, noch bei ex tunc Nichtigkeiten z.B. wegen § 142 BGB verschlossen und kann diese technisch abbilden.³⁷ Mittels *Smart Contracts* lassen sich

³⁵ Der Ansatz von *Ateniese/Magri/Venturi/Andrade*, Redactable Blockchain or Rewriting History in Bitcoin and Friends, IEEE EuroS&P 2017, S. 111 - 126, erlaubt über chameleon hashes, eine Hintertüre einzubauen, um somit einzelne Blöcke zu ändern, wobei dies ein permissioned System voraussetzt. Sogar für Bitcoin sehen *Deuber/Magri/Thyagarajan*, Redactable Blockchain in the Permissionless Setting, IEEE Symposium on Security and Privacy 2019, S. 662 - 676, Möglichkeiten unter Aufrechterhaltung der Konsensmechanismen eine Änderung von Blöcken vorzunehmen.

³⁶ So z.B. die Entscheidung der Ethereum-Community nach dem DAO-Hack für eine Lösung mittels Hard Fork. Dazu *Kannenberg*, Nach dem DAO-Hack: Ethereum glückt der harte Fork, heise online, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Nach-dem-DAO-Hack-Ethereum-glueckt-der-harte-Fork-3273618.html>.

³⁷ *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431, 460, 464 f., Fn. 205 und *Heckelmann*, NJW 2018, 504, 507, schreiben der Blockchain im Wesentlichen eine Dokumentationsfunktion zu und verneinen bei fehlenden privatautonomen Vereinbarungen eine konstitutive Wirkung. Damit liegt nur ein Abbild vor, welches nicht in die Rechtswirkungen eingreift. M.E. können aber z.B. auf der Bitcoin-Blockchain Transaktionen vorliegen, welche rechtlich erhebliche Tatsachen und Rechtspositionen schaffen und nur dort existieren. Wenn kinderpornografische Schriften unmittelbar auf der Bitcoin-Blockchain zu finden sind, so liegt allein dort die Rechtsverletzung vor und nur darüber kann nach den Modali-

solche Vorgänge, bei Vorliegen der Rückabwicklungsvoraussetzungen, die beispielsweise über eine einprogrammierte (außergerichtliche oder behördliche) Schiedsstelle festgestellt werden, automatisieren und effizienter gestalten.³⁸ So können sogar Gestaltungen gewählt werden, in welchen eine nichtige Transaktion endgültig gelöscht werden kann, ohne dass es zu einer Korruption der Blockchain kommt. Sie kann auch durch einen Hash ersetzt werden, sodass der verletzende Inhalt nicht mehr zugänglich ist, aber dennoch der beeinträchtigten Partei ein Beweis der Verletzungshandlung möglich ist. Dies kann insbesondere für Fälle von Persönlichkeitsrechtsverletzungen erforderlich sein, wenn es gerade darauf ankommt, dass der verletzende Inhalt dauerhaft nicht mehr verfügbar ist. In *permissioned Blockchains* kann die zentrale Instanz sogar durch *Hard Forks* eine Änderung der Blöcke durchsetzen.³⁹ Andererseits ist es vorteilhaft, wenn die nichtige Transaktion noch im ursprünglichen Block enthalten ist, um als beweistaugliche Dokumentation der Transaktion zur Verfügung zu stehen und so die Rücktransaktion zu begründen und nachzuweisen.⁴⁰ Bestenfalls lassen sich in Kombination von *Blockchain* und *smart contract* die rückabwicklungserheblichen Tatsachen automatisch digital erfassen und prüfen, z.B. bei mangelndem Zahlungseingang.⁴¹ Ansonsten muss auf *Oracles*⁴² als Schnittstelle zurückgegriffen werden, welche eine automatisierte Abwicklung ausbremsen

täten des Bitcoin-Protokolls eine Änderung erfolgen. Jedoch ist es nicht vorgesehen, dass vorhandene Transaktionen editiert werden können. Daher greift die Lösung einer Ablehnung der rechtlichen Bedeutung in einigen Fällen zu kurz.

³⁸ Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618, 624; Simmchen, MMR 2017, 162, 164; a.A. Heckelmann, NJW 2018, 504, 508.

³⁹ Saive, DuD 2018, 764, 767.

⁴⁰ Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1436.

⁴¹ Jacobs/Lange-Hausstein, ITRB 2017, 10, 13.

⁴² Weller, t3n.de vom 23.02.2019, zuletzt abgerufen am 06.08.2019 unter <https://t3n.de/news/oracles-bringst-externe-daten-1145736>.

kann.⁴³ Dennoch ist anzumerken, dass gerade bei wertenden Entscheidungen oder bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen weiterhin eine menschliche Entscheidung erforderlich sein wird. Zu denken ist an Sachverhalte wie außerordentliche Kündigungen aus wichtigem Grund (§§ 314 I, 543 oder 648a I BGB) oder der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB. Dies steht aber nicht im Widerspruch zu smart contracts, wenn in den Programmcode bereits vorab ein *consensus based oracle*⁴⁴ implementiert wird. Dort können festgelegte (menschliche) Schlichtungsstellen für eine Klärung der Zwischenentscheidung beispielsweise mittels multisig sorgen.⁴⁵ Im Anschluss wird die Umsetzung durch den smart contract auf der *Blockchain* sicher vollzogen. Zu beachten ist jedoch, dass außerhalb des Leistungsspektrums des *smart contracts* liegende Werte oder Assets nicht umfasst sind, in welche zumindest ersatzweise vollstreckt werden soll.⁴⁶ Dies macht deutlich, dass eine Verzahnung mit dem bestehenden Gesetz unerlässlich ist und eine umfassende Substitution erst mittelfristig über Tokens denkbar ist.

Es kann festgehalten werden, dass die *Blockchain*-Technologie in diesem Punkt nicht per se mit dem geltenden Zivilrecht unvereinbar ist.⁴⁷ Dennoch existieren Gestaltungen wie die

⁴³ *Frankenreiter*, JITE 2019, 149, 156 f., merkt zutreffend an, soweit Daten nicht auf der Blockchain vorliegen, die Effizienz deutlich geringer ist und selbst Oracles nicht für sämtliche Informationen aus der realen Welt in der richtigen Schnittstelle zur Verfügung stehen werden. Hier ergibt sich m.E. ein Regelungsbedarf, sowohl hinsichtlich der Standardisierung von Schnittstellen, als auch welche Datensätze von Parteien digital vorzuhalten sind.

⁴⁴ Was sind Oracles auf der Blockchain, BTC-ECHO, zuletzt abgerufen am 06.08.2019 unter <https://www.btc-echo.de/tutorial/was-sind-oracles-auf-der-blockchain>.

⁴⁵ *Werbach*, Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law, *Berkeley Technology Law Journal* 2018, 489, 547 f.

⁴⁶ *Kaulartz*, Smarte Dispute Resolution – Automatisierte Konfliktlösung, in: *Taeger*, Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Edeweicht 2017, S. 599, 606 f.

⁴⁷ Ebenso i.E. *Saive*, Rückabwicklung von Blockchain-Transaktionen, in: *Taeger*, Rechtsfragen digitaler Transformation, Edeweicht 2018, S. 371, 379, der

Bitcoin-Blockchain, welche den Anforderungen des BGB nicht gerecht werden.

2. Dezentralität

Die überwiegend verwendete Informationstechnologie ist ein Spiegel der gesellschaftlichen Gegebenheiten, geprägt von Hierarchien, Intermediären und zentralen Institutionen. Vieles wird über zentrale Datenbanken mit master-slave Hierarchien abgewickelt, auf welche die einzelnen Akteure zugreifen und auf deren Integrität vertrauen. Eine Blockchain ermöglicht Disintermediation durch die Etablierung eines Peer-to-Peer-Netzwerkes in unterschiedlichen Abstufungen, so dass Rohdaten, Hashwerte oder Einzelwerte davon bei allen oder besonderen dezentralen Clients gespeichert sind. Was sich nach einer gewaltigen Datenpanne anhört, da die Daten, ob nun verschlüsselt oder gehasht, bei einer Vielzahl von Menschen gespeichert sind, reduziert dennoch einen single point of failure, wie bei herkömmlichen Datenbanklösungen. Bei einem dezentralen System ist das Risiko einer Angreifbarkeit und Manipulation an einem Punkt geringer.⁴⁸ Gleichsam wird angepriesen, dass sich im Zuge der Disintermediation Kosten und die Dauer von Transaktionen reduzieren lassen.⁴⁹

Aus rechtlicher Perspektive wirft die Dezentralität nicht nur datenschutzrechtliche Fragestellungen, hinsichtlich einer unklaren verantwortlichen Stelle oder des Personenbezugs von Daten trotz Anonymisierung und Pseudonymisierung mittels

zutreffend auf das weitaus größere Problem der (prozessualen) Umsetzung hinweist.

⁴⁸ *Rehder et al.*, Die Blockchain im öffentlichen Sektor – Status quo und Herausforderungen, Public Governance Winter 2018/19, S. 16.

⁴⁹ *Schneider et al.*, Blockchain: Putting Theory into Practice, Goldman Sachs vom 24.05.2016, S. 33, dort wird prognostiziert, dass für den Bereich des Grundbuchs im US-Markt \$ 2 – \$ 4 billion insbesondere wegen eines geringeren Risikos für titel insurances gespart werden können.

public key auf.⁵⁰ Des Weiteren verstärkt die dezentrale Nutzbarkeit die Entstehung internationaler Sachverhalte, weshalb die Anwendbarkeit verschiedener Rechtsordnungen und Regelungsregime zu beantworten ist. Ein internationales Blockchain-Law ist nicht existent und würde sicherlich nicht hinreichend bestimmt allen möglichen Anwendungsszenarien und Spielarten der Blockchain gerecht werden. Punktuell wird es jedoch unerlässlich sein, Rechtsinstitute zu schaffen, um die Spezifika der Blockchain-Technologie (z.B. Tokens) in das bestehende Recht zu implementieren und für Rechtssicherheit zu sorgen. Schließlich erweist sich jedoch die transnationale Vernetzung im Hinblick auf die Vollstreckung als Vorteil, da diese erleichtert oder ohne Rückgriff auf das meist nationale Vollstreckungsrecht ermöglicht wird.⁵¹

Das **Gesellschaftsrecht** hat vergleichbare Sachverhalte und Konstrukte bereits jetzt im Blick. Doch mangelt es wegen des *numerus clausus*⁵² der Rechtsformen an der notwendigen Flexibilität, wobei die Privatautonomie im Rahmen des Typenzwanges mit Hilfe dispositiver Gestaltungsmöglichkeiten Mischformen zulässt. Der Gesellschaftszweck einer Blockchain-Community kann schwierig feststellbar sein.⁵³ So sind Miner oder Full-Nodes, die sich zu einem Miningpool von Coins zusammengeschlossen haben und dafür eine eigene private-permissionless Blockchain nutzen, um ihre Anteile zu berechnen, sehr wohl einer OHG nach § 105 HGB oder GbR gem. §§ 705 ff. BGB zuzuordnen, da der gemeinsame Zweck in dem planmäßigen und auf

⁵⁰ Zu den datenschutzrechtlichen Fragestellungen ausführlich *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251 ff.

⁵¹ *Hofert*, Regulierung der Blockchains, Tübingen 2018, S. 230; *Frankenreiter*, JITE 2019, 149, 160.

⁵² *Saeger*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2018, Rn. 36.

⁵³ Schwintowski/Klausmann/Kadgien, NJOZ 2018, 1401, 1404.

Dauer angelegten Minen neuer Blöcke sowie dem damit verbundenen Erwirtschaften von Gewinnen liegt.⁵⁴ So teilen die Miner bei Bitcoin die Transaktionsgebühren für alle Transaktionen eines Blocks und den Block Reward unter sich auf. Dabei haben sie nicht nur eine wechselseitige Leistungserbringung vor Augen, sondern es steht eine darüber hinausgehende gemeinsame dauerhafte Interessenswahrung im Vordergrund.⁵⁵ Gerade in proof of work Settings ist die Einrichtung einer professionellen Mining-Infrastruktur mit ausreichender Hashrate notwendig. Dagegen wird die Annahme eines gemeinsamen Zwecks umso schwieriger sein, wenn man *einen* Client der Bitcoin-Blockchain vor Augen hat, der lediglich einmal das Netzwerk nutzt, um eine Transaktion zum Kauf eines Gegenstandes in einem Online-Shop verwendet.⁵⁶ Demjenigen kann man keinen über die bloße Nutzung hinausgehenden Willen und fördernden Zweck zusprechen. Schließlich spricht gegen die Annahme einer Kapitalgesellschaft schon die fehlende Eintragung in das Handelsregister, notarielle Beurkundung und damit verbundene Benennung einer verantwortlichen Person (Geschäftsleiter).⁵⁷

In diesem Zusammenhang werfen internationale Konstellationen besondere Probleme hinsichtlich der anwendbaren Rechtsordnung auf. Ein vorrangiges internationales Gesellschaftsrecht existiert nicht, so dass stets mühsam das geltende nationale Gesellschaftsrecht zu ermitteln ist.⁵⁸ Auch dabei können sich weitere Schwierigkeiten ergeben, wenn der Verwaltungssitz als Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane – also der Ort, an dem die grundlegenden

⁵⁴ Dagegen wohl auch für Miningpools, mangels Rechtsbindungswille ablehnend: *Kütük-Markendorf*, Rechtliche Einordnung der Internetwährungen im deutschen Rechtssystem am Beispiel von Bitcoin, Frankfurt am Main 2016, S. 83 f.

⁵⁵ *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Tübingen 2014, § 1 Rn.5.

⁵⁶ Ebenso ablehnend *Spindler/Bille*, WM 2014, 1357, 1360.

⁵⁷ *Mann*, NZG 2017, 1014, 1017.

⁵⁸ *Schwintowski/Klausmann/Kadgien*, NJOZ 2018, 1401, 1404; *Weber*, Jusletter/IT 18.05.2017, Rz. 39 f.

Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden – zu ermitteln ist.⁵⁹

3. Anonymität und Pseudonymität

Die Blockchain-Technologie erlaubt, auf Basis der public und private keys, ein Anonymitäts- und Pseudonymitätssetting. Bei den Kryptowährungen lassen sich darüber hinausgehend vielseitige Ausgestaltungen und Anwendungen, wie Kryptowährungsmixer finden, um eine De-Anonymisierung der public keys zu erschweren. Nicht nur aus technischer Perspektive ist in Frage zu stellen⁶⁰, ob eine De-Anonymisierung zu einfach möglich ist und damit den rechtlichen Anforderungen⁶¹ genügt wird. Nach Erwägungsgrund 26 S. 3 - 4 DSGVO sollen zur Feststellung, ob eine natürliche Person identifizierbar ist, alle Mittel berücksichtigt werden, die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um die natürliche Person direkt oder indirekt zu identifizieren. Bei der Beurteilung, ob Mittel nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich zur Identifizierung der natürlichen Person genutzt werden, sollten alle objektiven Faktoren, wie die Kosten der Identifizierung und der dafür erforderliche Zeitaufwand, herangezogen werden, wobei die zum Zeitpunkt der Verarbeitung verfügbare Technologie und technologische Entwicklungen zu berücksichtigen sind.⁶²

Für die zivilrechtlichen Schuldverhältnisse, bei welchen Blockchains, insbesondere in einem **private-permissioned Setting**, zum Einsatz kommen werden, entfalten sich die angepriesenen

⁵⁹ BGH NJW 1986, 2194, 2195; Mann, NZG 2017, 1014, 1017.

⁶⁰ Conti/Kumar/Lal/Ruj, A Survey on Security and Privacy Issues of Bitcoin, IEEE Communications Surveys & Tutorials 20.4(2018), S. 3416 – 3452 zeigt die vielfältigen Sicherheitsrisiken und Probleme hinsichtlich der Anonymität auf.

⁶¹ Vgl. nur die Definitionen in Art. 4 Nr. 5 DSGVO und im Erwägungsgrund 26 Satz 5 DSGVO.

⁶² Weitergehend Roßnagel, ZD 2018, 243, 245.

Vorteile nicht, da sich die Parteien regelmäßig kennen und zuvor auch eine Identifizierung stattfinden wird. Ausnahmen von dem Grundsatz der „essentialia negotii“, gibt es mit der offerierte ad incertis personas. Ein solches Angebot steht regelmäßig unter verschiedenen aufschiebenden Bedingungen nach § 158 I BGB, z.B. in den Fällen der Warenautomaten.⁶³ Dabei kommt es dem Anbietenden nicht auf die Identität des Vertragspartners an. Sondern häufig auf dessen konkrete Solvenz, selbst wenn sich in einfach gelagerten Fällen, wie dem Verkauf von Gegenständen des täglichen Lebens, die Notwendigkeit einer Individualisierung häufig nicht stellt. So wird bei den Parteien für die weitergehenden Vertragsarten wie Miete, Kauf oder Herstellung von nicht bloß günstigen Wirtschaftsgütern und bei Schuldverhältnissen mit längerem Vertragsleben oder mit einem umfassenden Leistungsstörungsrecht, ein Interesse bestehen, die gegenseitige Identität zu kennen. Dies gilt schon deshalb, weil die Verträge kein eigenes Erkenntnisverfahren mit Entscheidung, wie der Gerichte sowie keine eigenständige vollständige Vollstreckung automatisiert abbilden. Über smart contracts lassen sich zwar solche Prozesse erleichtern, doch ist die technische Ausgestaltung und die gesellschaftliche Bereitschaft, sich auf diese Systeme zu verlassen, noch nicht so ausgeprägt, dass auf das Erheben der Daten der Vertragsparteien verzichtet werden kann. Somit wird allein wegen der Verwendung der Blockchain-Technologie nicht eine anonymisierte oder pseudonymisierte Vertragsabwicklung erfolgen. Die verschiedenen Formen erlauben, jeweils an den rechtlichen Notwendigkeiten und wirtschaftlichen Bedürfnisse gemessen, eine konforme Ausgestaltung.

Jedoch existieren gleichsam Regelungen, die eine anonyme Vertragsabwicklung limitieren. So sieht z.B. § 11 I GwG für Verpflichtete i.S.d. § 2 II GwG eine Identifikationspflicht vor. Oder § 312d

⁶³ Bork, in: Staudinger BGB, 2015, § 145 Rn. 19.

I BGB, Art. 246a § 1 I 1 Nr. 2 EGBGB eine Identitätsoffenlegungspflicht für den Unternehmer im B2C-Verhältnis bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen. Zur Erfüllung dieser Pflicht wird es in Zukunft nicht genügen, lediglich den public key des Unternehmers preiszugeben. Die Vorschrift bezweckt neben der Identifikationsfunktion des Vertragspartners (Passivlegitimation) gleichsam eine schnelle Kontaktaufnahme über Fernkommunikationsmittel, vergleichbar zu dem einfachen Nachfragen bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien.⁶⁴

Wie bereits angedeutet, sollte der Staat hier verstärkt als Identifikationsintermediär auftreten und damit eine vertrauenswürdige anonyme und pseudonyme Abwicklung ermöglichen.⁶⁵ Dafür ist die Etablierung von digitalen Identitäten eine *conditio sine qua non*.

4. Transparenz

Die Blockchain ermöglicht eine hohe Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Transaktionen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alle Transaktionen der Öffentlichkeit ersichtlich sein müssen.⁶⁶ Technisch sind hybride Formen im Spektrum von public oder private Blockchains mit begrenztem und kontrollierbarem Nutzerkreis möglich. Ebenso können die Blockchains permissionless und/oder permissioned ausgestaltet werden mit differenzierten Schreib-, Lese-, Prüf-, Entscheidungs-, und Abänderungsrechten.

Zurzeit kann die Blockchain in ihrer aktuellen Komplexität vorrangig die tatsächliche Sachlage und die Übergänge von Rechtspositionen dokumentieren, jedoch keine umfassende Prüfung

⁶⁴ BGH GRUR 2018, 100, 102 f.

⁶⁵ *Erbguth*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, Tübingen 2019, S. 31.

⁶⁶ Unter <https://www.blockchain.com/de/explorer> kann z.B. eine lokale Kopie von „der“ Bitcoin-Blockchain eingesehen werden und alle Transaktionen sowie Blöcke nachverfolgt werden.

der materiellen Berechtigung vornehmen.⁶⁷ Nach der Grundidee der Blockchain werden drei wesentliche Aspekte erfüllt: Die Schaffung von Vermögenswerten (z.B. Tokens, Krypto-Assets, Block Rewards), eines Zahlungsnetzwerks und eines technischen Transaktionsprotokolls.⁶⁸ Fragen einer materiellen Berechtigung werden jedoch nicht abgebildet. Dies ist zwar in Kombination mit smart contracts oder über Entscheidungsinstanzen denkbar, würde aber stellenweise dem Grundkonzept der **Disintermediation** widersprechen. Dies ist jedenfalls für den deutschsprachigen und europäischen Rechtsraum verkraftbar, da das den Intermediären entgegengebrachte Vertrauen nur selten nachhaltig erschüttert wird und Kompensations- und Pönalisierungsprozesse, wie Schadensersatz oder Straftatbestände, Missbrauch hinreichend unterbinden. Natürlich müsste aber dennoch in einen gesamtgesellschaftlichen und wirtschaftlichen Vergleich eingestellt werden, ob ein solches Modell sich als effektiver, günstiger und rechtssicherer darstellt als ein disintermediärer Ansatz.

Im geltenden Recht ist es das vordergründige Ziel, die Zahl an Konfliktfällen bereits ex ante durch Regulierung zu minimieren. Soweit es also abbildbar ist, kodifiziert ein System sowohl in generell-abstrakter Weise als auch in konkret-individueller Art alle Sachverhalte die zwischen Subjekten und Objekten universal möglich sind. In einem optimalen Falle bedarf es daher keiner entscheidenden Gewalt, welche Fehler, Unvollständigkeiten und Anwendungsunklarheiten *berichtigt*. Natürlich ist dies eine Illusion. Viele Gesetze weisen Fehler in unterschiedlichen Dimensionen auf: Redaktionelle Unvollständigkeiten, systematische Widersprüche, Unter- und Überregulierung⁶⁹ von

⁶⁷ Heckelmann, NJW 2018, 504, 507.

⁶⁸ Welzel/Eckert/Kirstein/Jacumeit, Kompetenzzentrum Öffentliche IT, Mythos Blockchain - Herausforderung für den Öffentlichen Sektor, 2017, S. 5.

⁶⁹ Hofmann, in: Fries/Paal, Smart Contracts, Tübingen 2019, S. 132, zur Frage von under- and overenforcement und den Auswirkungen auf das materielle Recht.

Sachverhalten sowie die äußerst schwierige Kategorie von bestimmten Interessengruppen behaupteten Falschbewertungen und –regulierungen ihrer Interessen. Schließlich bedarf es bei der Bewertung und Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen Entscheider. Selbst die am fernen Horizont schimmernde, voll algorithmische Disintermediation ist a priori mit dem Makel behaftet, von einer Instanz nach deren Zielen zu einem bestimmten Zweck geschaffen worden zu sein.⁷⁰

Intermediation ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten und sorgt gerade für Transparenz und Neutralität. Die Annahme einer Disintermediation ist eine Illusion. Selbst in der Ausgestaltung von Bitcoin entscheiden Intermediäre über die Transaktionen. Die Gesellschaft wird stets auf die Entscheidungen von Dritten angewiesen sein.⁷¹ Die Frage nach dem „ob“ stellt sich daher nicht. Wie die Auswahl der Entscheider erfolgt, ist die eigentliche Frage und Herausforderung. Eine willkürliche und intransparente Auswahl genügt nicht den rechtlichen Standards. Vielmehr müssen die Entscheider die notwendige fachliche Kompetenz, Neutralität und Legitimation innehaben, damit ihnen ein Vertrauen entgegengebracht wird.

VI. Kein Bruch mit dem Recht, aber dennoch besteht Handlungsbedarf

1. Das Recht als Technologiekatalysator

Fragt man sich nun, wie mit der Schlüsseltechnologie umzugehen ist, so gibt es einen entscheidenden Punkt. Die Blockchains der Welt wirken faktisch. Sie stehen nicht unter dem Erlaubnisvorbehalt des geltenden Rechts, passen nur bedingt auf numerus-clausus Anforderungen des Rechts und bewegen sich, trotz

⁷⁰ Ernst, JZ 2017, 1026, 1029.

⁷¹ Kolain, in: Hill/Kugelmann/Martini, Perspektiven der digitalen Lebenswelt, Baden-Baden 2017, S. 147, 154, fragt sich auch, ob komplexe Systeme am Ende doch Intermediäre benötigen.

der Abstraktheit der Gesetze, vielfach neben diesen. Nicht unbedingt in der Weise einer bewussten Missachtung des Rechts, sondern in Ausübung der Privatautonomie oder der Geschäftstätigkeit. Sie stellen allerdings verbindliche Regelungen auf, ermöglichen die Prüfung von Transaktionen sowie deren Durchsetzung und sorgen mittels kryptografischer Verfahren für eine Authentizität.

Eine Pönalisierung und Verbotsgesetzgebung wäre ein Versuch des geltenden Rechts, sich zu verteidigen und die Technologie zu bremsen. Jedoch zeigen solche Versuche und Überlegungen (z.B. in China und Russland für Kryptowährungen)⁷² nur bedingt Erfolge und scheinen auch nicht wegen der Vielzahl an Vorteilen angezeigt. Doch allein schon die vorherrschende Anonymität und Internationalität der Sachverhalte lassen eine Beschränkung als einen Kampf erscheinen, den es nur zu verlieren gilt. Vielmehr könnte das Gesetz die Integration und Regulierung der Blockchain übernehmen und daher sich selbst anpassen und die guten Seiten vereinnahmen.⁷³ Auswüchse wie Bitcoin können dadurch begrenzt werden und es kann Rechtssicherheit⁷⁴ hinsichtlich der rechtlich zulässigen Gestaltungsformen geschaffen werden. Vorzugswürdig ist jedoch weder eine

⁷² Krupar, in: Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmerman, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, Berlin 2018, S. 161, 169 f.; m.w.N. Balzli, in: Klebeck/Dobrauz, Rechtshandbuch Digitale Finanzdienstleistungen, München 2018, S. 433 ff.

⁷³ Atzori, Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?, 2015, zuletzt abgerufen am 07.08.2019 unter <https://ssrn.com/abstract=2709713>.

⁷⁴ Für den Gesetzgeber aus Liechtenstein, stand beim Gesetz über Token und VT-Dienstleister die Schaffung von Rechtssicherheit und Klarheit in der gesamten Bandbreite der Token-Ökonomie im Vordergrund. Insbesondere wurde eine gewisse Angleichung an die bestehenden analogen Rechtspositionen vorgenommen, so dass für Missbrauchsfälle, wie dem unerlaubten Zugriff auf einen fremden privaten Schlüssel, Vorschriften über einen gutgläubigen Erwerb (Art. 9) eines Token geschaffen wurden. Dazu Bericht und Antrag der

Überordnung des Gesetzes noch eine unregulierte Koexistenz, sondern eine durchlässige Beziehung, die es erlaubt, dass das Recht sich nicht nur im schriftlich gefassten Gesetz widerspiegelt.⁷⁵ Ebenso in Code festgehaltene Regelungen oder rechtstaatlich legitimierte Entscheidungen auf der Blockchain (konstitutive Wirkung) können Formen des Rechts sein.⁷⁶

Soweit die formellen Gesetzgeber der Welt nicht umfassend und gemeinschaftlich auf die Technologie reagieren, wird sich die Blockchain mit ihren Anhängern weiter verselbstständigen.⁷⁷ Nicht nur, dass sie ihre eigenen Regularien in einem technodemokratischen System⁷⁸ aufstellen werden, die nicht aus der notwendigen Volkssouveränität nach Art. 20 II GG erwachsen und die Gefahr eines unausgewogenen Interessenausgleichs innehaben. Ebenso sind die Anhänger im geringeren Umfang auf das althergebrachte und etablierte gesellschaftliche System eines demokratischen Rechtsstaates angewiesen.⁷⁹ Neben dem staatlichen Recht wird abstrakt ein faktisches Privatrecht entstehen, welches sich für viele als komfortabler erweisen kann.⁸⁰ Eine Blockchain kann das Erfordernis einer internationalen Vollstreckung als staatlich autorisierte Durchsetzung des Rechts

Regierung vom 07.05.2019, zuletzt abgerufen am 07.08.2019 unter https://impuls-liechtenstein.li/wp-content/uploads/2019/06/bua_054_2019_tvtg.pdf, S. 42, 46.

⁷⁵ Mayer-Schönberger, *The Authority of Law in Times of Cyberspace*, *Journal of Law, Technology & Politics* 2001, 1; Werbach, *Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law*, *Berkeley Technology Law Journal* 2018, 489, 552.

⁷⁶ Kolain, in: Hill/Kugelmann/Martini, *Perspektiven der digitalen Lebenswelt*, Baden-Baden 2017, S. 147, 158.

⁷⁷ Boucher, *How Blockchain technology could change our lives*, *European Parliamentary Research Service*, Brussels 2017, S. 23. Von einer Relativierung des Rechts und der Notwendigkeit einer interdisziplinären Neuerfindung des Rechts spricht Boehme-Neßler, *NJW* 2017, 3031, 3037.

⁷⁸ M.w.N. Wilsch, *DNotZ* 2017, 761, 779 ff.

⁷⁹ Dazu weitergehend Wright/Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2017, zuletzt abgerufen am 20.05.2019 unter <https://ssrn.com/abstract=2580664>, S. 39.

⁸⁰ Fries, *NJW* 2016, 2860, 2861.

ersetzen, jedoch nicht die Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen. Durch die Automatisierung des wertübergehenden Prozesses (Verfügungsgeschäft), wird ein entscheidender Nachteil des heutigen Systems überwunden, welcher viel Geld, Zeit und Ressourcen in Anspruch nimmt und damit vielfach das Recht als ineffektiv und anwendungsungerecht erscheinen lässt.⁸¹

2. Die Blockchain als Alternativentwurf zum Gesetz

Nicht nur in die Domäne der vollziehenden Gewalt dringt die Blockchain ein. Schon länger hat die Blockchain ihren Richter gefunden.⁸² Rechtsstaatlich muss dieser durch das partizipierende Kollektiv legitimiert sein. Im Verfahrensrecht können durch die Blockchain-Technologie Voting-Varianten (on-chain) zum Einsatz kommen.⁸³ Im geltenden Recht werden an vielen Stellen ehrenamtliche Richter und Richterinnen, wie im Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht oder dem Strafrecht eingesetzt. Diese Modelle können mit Hilfe einer Crowdjury oder einer Crowdsourcing-Justiz ausgestaltet werden.⁸⁴

⁸¹ Nach *Tapscott/Tapscott*, Die Blockchain Revolution, 4. Aufl., Kulmbach 2018, S. 330, sollen in der analogen Welt ca. 80 % der Vertragsverletzungen wegen zu hoher Verfahrenskosten ungeahndet bleiben. *Kaulartz*, Smarte Dispute Resolution – Automatisierte Konfliktlösung, in: *Taeger*, Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Edeweicht 2017, S. 599, 601.

⁸² Der DAO-Mitentwickler *Christoph Jentzsch*, What an accomplishment!, Slock.it Blog, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://blog.slock.it/what-an-accomplishment-3e7ddeab91d>, titelt nach der Entscheidung der Community zum DAO-Hack, dass „Although some do question the analogy “code is law”. I do not. We just found out that we have a supreme court, the community!“ Wohlgemerkt handelt es sich hierbei um eine Rechtsänderung des Codes (protocol updates) für die Zukunft und nicht um eine Sanktionierung oder Entscheidung über den Hack bzw. den Hacker im Sinne einer Subsumption für einen vergangenen Einzelfall, da die vom Hack betroffene Blockchain stets existent ist.

⁸³ Ein Democratic Blockchain Design beschreibt *Hermstrüwer*, JITE 2019, 163 ff.

⁸⁴ *Tapscott/Tapscott*, Die Blockchain Revolution, 4. Aufl., Kulmbach 2018, S. 282 f.

Unser Leben verlagert sich weiter in die digitale Welt, weshalb es angezeigt ist, das Recht nicht mehr in einer veralteten textdominierten Sprache, nämlich in Gesetzen abgedruckt auf Papier, zu erlassen. Notwendig ist es, das Recht an den notwendigen Stellen in den Cyberspace zu transformieren, sei es durch Code, formalisierte Gesetze oder Visualisierungen⁸⁵. Da bereits der „*pictorial turn*“⁸⁶ im Recht nicht angekommen ist, muss der „*algorithmic turn*“⁸⁷ nun in das Recht Einzug halten. Dabei kann die Blockchain-Technologie ihre Vorteile entfalten. Dadurch entfallen mehrere Transkriptionsebenen, wie die externe Vollstreckung, teilweise auch die Feststellung von Ansprüchen. Wenn heute zwei Autos verunfallen, bedarf es eines externen Regelwerkes (Gesetz), welches die Rechtspositionen regelt. Dann eines Gerichts, das die Ansprüche zu-/abkennt. Schließlich eines Vollstreckungsorgans zur Rechtsdurchsetzung. Erheben wir in Zukunft den Code zum Recht, dann vereint ein smart contract auf einer Blockchain alle drei Ebenen. Bei einem Unfall zweier „smart cars“ ist nicht nur die Rechtslage wegen der Sensordaten klarer, sondern nach dieser Maßgabe die Kompensation automatisch gesichert.⁸⁸

In Kombination mit weiteren technologischen Entwicklungen und Zusammenschlüssen können Blockchains einen Alternativentwurf zum Recht darstellen. Wohlgermerkt nicht als ein Angriff auf das Recht, sondern vielmehr als eine andere Heran-

⁸⁵ Zum Thema Legal Design, *Adrian/Cevc*, Legal Tech - Recht und Legal-Design, zuletzt abgerufen am 10.08.2019 unter <https://youtu.be/M6xVZVf6fqq>.

⁸⁶ *Boehme-Neßler*, NJW 2017, 3031, 3033 f.

⁸⁷ *Uricchio*, The algorithmic turn: photosynth, augmented reality and the changing implications of the image, *Visual Studies* 2011, 25 ff.

⁸⁸ Dafür liefert § 63a StVG einen ersten, aber unzureichenden Ansatzpunkt. Danach besteht eine Speicherpflicht beim Wechsel der Fahrzeugsteuerung zwischen Fahrzeugführer und dem hoch- oder vollautomatisierten System. Dazu *Spiegel*, *Automatisiert, automatisierter, hochautomatisiert – Fahren bald alle Level 5?*, in: *Taege*, *Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*, Edeweicht 2017, S. 691 ff.

gehensweise, wie das gesellschaftliche Zusammenleben funktionieren kann und welchen Regelungen es unterworfen ist. Unser tradiertes Rechtssystem ist nur *eine* Möglichkeit der Darstellung eines Gesellschaftsvertrages. Die sich abzeichnenden Entwicklungen sind schon lange ein Mehr als eine bloße Kodifizierung des Rechts, nach dem Vorbild von Lawrence Lessing „Code is law“⁸⁹. Nicht nur die Digitalisierung des Rechts im Sinne eines Abbildes ist das Ziel, sondern die Gestaltung eines aktuellen Wertesystems der Menschen, unabhängig von bestehenden Grenzen, von bestehenden Währungen und bestehenden Autoritäten.

3. Fazit

Die Blockchain-Technologie stellt per se keinen Bruch mit den geltenden Zivilrechten dar und ist eine neutrale Technologie, die abstrakt vom Recht besteht. Die jeweilige Ausgestaltung ist jedoch maßgeblich. Soweit man die Bitcoin-Blockchain der Bewertung anhand des BGB unterzieht, so zeigen sich deutliche Verstöße gegen dessen Grundprinzipien. Das ist aber kein Grund, die gesamte Technologie abzulehnen oder das BGB völlig anpassen zu müssen. Vielmehr müssen die Vorteile, die sich durch die kryptografischen Verfahren ergeben, durch das Recht inkorporiert werden, so dass sich Hybride aus Code und dem Recht entwickeln. Punktuelle Anpassungen wie die Kodifizierung von Tokens, die Verpflichtung zur Festlegung einer verantwortlichen Stelle oder die Schaffung von standardisierten staatlichen Schnittstellen können den Technologieeinsatz fördern. Recht und Technik schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern das Recht lässt sich mit Hilfe der Technologie stellenweise besser abbilden. Hier muss der Gesetzgeber für Rechtssicherheit und Klarheit sorgen. Ansonsten wird zwischen dem Recht und den praktisch vorherrschenden Blockchains bald eine so große Kluft entstehen, dass das Recht mit den Blockchains brechen wird und nicht umgekehrt.

⁸⁹ Lessing, Code und andere Gesetze des Cyberspace, Berlin 2001.

Smart contracts – vers une rupture avec le droit civil existant ?

NICOLAS COUTURIER

Intelligence artificielle, *Blockchain*, ICO, Pay-Pal Law... l'ère du numérique apporte bon nombre de nouvelles technologies et de nouveaux procédés de plus en plus présents dans les relations contractuelles. Si ces dernières années le *bitcoin* a été mis largement sur le devant de la scène médiatique et juridique, de nouvelles interactions entre le droit et la technologie prennent forme. Ce constat nous a amenés à évoquer, durant un groupe de travail de cet atelier, le phénomène des *smart contracts*, c'est-à-dire de contrats dit « intelligents ». En effet, la rapidité des progrès informatiques conduit à ce que la compréhension d'un résultat, dû à des programmes et algorithmes, se réduit chaque jour à un nombre de plus en plus restreint d'individus, qui acceptent seulement le résultat d'une mutation des activités intellectuelles humaines. C'est pourquoi, de manière brève, les conséquences des *smart contracts* seront observées à travers des questions simples qui viendront axer notre propos tout en balayant les principales problématiques de ces « nouveaux contrats ».

I. Le *smart contract* : un contrat ? intelligent ?

Dès 1997, l'avocat Nick Szabo¹ évoquait le contrat intelligent comme un contrat présentant des clauses à transcrire informatiquement où leur violation par les parties augmenterait le coût

¹ Szabo, Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, 1997, <http://ojphi.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>, consulté le 6 août 2019 [<https://perma.cc/EWU2-VM35>] ; voir également Miller, Computer Security as the Future of Law, conférence du 15 août 1997 [<https://perma.cc/W49B-S4WU>], consulté le 6 août 2019.

de la réparation due à une éventuelle inexécution.² À l'époque, il en donne deux exemples : les distributeurs automatiques et les dispositifs de reprise de garantie automobile. En raison de la réduction des coûts en comparaison à ceux des autres voies de résolution contentieuses (juridiction, médiation ou arbitrage), Szabo considérait que les contrats intelligents représentaient un changement fondamental dans le monde, en permettant une transition du papier vers le numérique, à l'image de l'informatisation du système bancaire³ dans les années 70. En effet, les établissements de crédit ont utilisé l'informatique pour accélérer les transactions, la réalisation de certaines opérations (contrats d'option) ainsi que la tenue de compte.

Cependant, l'actuel retour en grâce connu par la terminologie de *smart contract* est dû à l'avènement de la technologie *blockchain*, notamment avec la naissance du procédé *bitcoin*. Né en 2008, ce protocole informatique permet la création de bases de données décentralisées, qui assure le caractère authentique des informations inscrites dans celles-ci. En cela, ce procédé forme un outil intéressant pour la mise en œuvre des *smart contracts*.⁴ D'ailleurs, d'autres protocoles fondés sur le principe de la technologie *blockchain* se développent, tels qu'*ethereum*.⁵

Après cette courte introduction, une première problématique liée à la traduction de ce terme doit être évoquée. En français, cette terminologie américaine a été traduite souvent

² Szabo, A Formal Language for Analyzing Contracts, in Nick Szabo's essays, papers & concise tutorials, 2002, <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/contractlanguage.html>, consulté le 6 août 2019.

³ *Idem*.

⁴ Raskin, Realm of the Coin: Bitcoin and Civil Procedure, *Fordham Journal Corporate and Financial Law*, 2015, vol. 20, p. 969-971.

⁵ Wood, Ethereum: A Secure Decentralised Generalised Transaction Ledger (Apr. 2014) (unpublished manuscript), <http://gavwood.com/paper.pdf>, consulté le 6 août 2019 ; <https://perma.cc/6C8D-3CB8>, consulté le 6 août 2019.

par « contrat intelligent ». Pour autant, ces termes conviennent-ils à ce concept ?

Commençons par « contrat » : il s'agit d'une « convention [passée entre] deux ou plusieurs personnes juridiques en vue de faire naître une ou plusieurs obligations ». ⁶ Sur la base de cette définition, la doctrine française se divise sur l'usage de la qualification ⁷ ou non ⁸ de contrat. En accord avec les propos de M. Mekki, il semble que le *smart contract* n'est qu'un « programme informatique qui automatise certains faits ou certaines conditions, reposant sur la relation logique suivante : if this ..., then that... ». Cette position concorde d'ailleurs avec la définition donnée par N. Szabo, c'est-à-dire la transcription en langage informatique de clauses contractuelles permettant l'exécution du contrat. De surcroît, l'actuelle impossibilité technologique et juridique de réaliser et d'exécuter dans son intégralité (dans la forme comme dans le fond) un contrat par la voie d'un *smart contract* soutient une telle interprétation.

Néanmoins, ne pourrait-on pas qualifier de *smart contract* un contrat d'application résultant d'une convention-cadre ? Dans une telle convention, il peut être prévu que les contrats d'application de celle-ci soient réalisés au moyen de *smart contracts* et emporter alors la qualification de contrat. Pour autant, faut-il en déduire que le *smart contract* forme un contrat spécial, à l'image du bail ou de la vente ? Nécessiterait-il alors la création d'un régime juridique spécial ? La réponse semble négative : un tel acte n'est pas un contrat au sens formel, car il n'est pas en lui-même autonome. En effet, un contrat est la concrétisation d'un accord sur des contreparties entre des contractants : le *smart*

⁶ Guinchard/Debard, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., 2019, Dalloz, p. 262.

⁷ Guisti, <https://jerome-giustiblog.wordpress.com/2016/05/27/les-smarts-contracts-sont-ils-des-contracts/>, consulté le 6 août 2019.

⁸ Mekki, *Le contrat, objet des smart contracts*, *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 410 (l'auteur dit clairement « ce n'est pas un contrat intelligent »).

contract n'est pas la résultante de cette négociation, mais il est une méthode d'exécution des dispositions de la convention soit en tant qu'élément même du négocium d'un contrat soit comme instrument destiné à l'exécution d'un contrat-cadre. Mais dans les deux cas, l'existence du *smart contract* est encore liée, dans une écrasante majorité, à un contrat originel.

Ces raisons nous amènent à être dubitatifs sur le terme « intelligent », car l'intelligence est la faculté de comprendre et de découvrir des relations entre les faits et les choses.⁹ Dès lors, c'est la capacité de discernement qui est la source de l'intelligence ; capacité absente du *smart contract* puisque le code informatique n'exécute que ce qui a été transcrit par le programmeur.¹⁰ On pourrait ajouter qu'il est quelque peu étonnant de pourvoir d'une qualité humaine une modalité d'exécution d'un acte juridique qui n'agit que d'une manière logique, dont les conditions (contreparties, algorithme,¹¹ etc.) ont été fixées par l'humain lui-même.

Toutefois, il faut reconnaître que la conjugaison de ces termes (contrat et intelligent) vulgarise ce procédé et contribue à une meilleure appréhension du plus grand nombre de cette mutation technologique.

II. *Smart contract* et *blockchain* : des origines différentes, mais un destin commun.

Actuellement, parler de *smart contract* conduit à évoquer également la technologie *blockchain*, comme s'il existait une certaine concomitance entre ces deux procédés. Mais l'existence de la

⁹ En ce sens la définition donnée par le dictionnaire *Petit Robert*.

¹⁰ Le développement des ordinateurs quantiques et de l'intelligence artificielle pourra peut-être permettre de revenir sur cette appréciation. En ce sens, *Lecun*, *L'apprentissage profond, une révolution en intelligence artificielle*, Fayard Collection, Collège de France, 2018.

¹¹ *Guerin*, *Considérations sur les *smarts contracts**, Dalloz IP/IT, 2017, p. 512 et s.

terminologie *smart contract* avant celle de la *blockchain* démontre que le *smart contract* connaissait déjà des applications pratiques.

En réalité, le code informatique constituant le *smart contract* peut être intégré ou connecté à une base de données. Ainsi, les informations enregistrées dans celle-ci permettent de vérifier la réunion des conditions pour exécuter le programme informatique et donc les dispositions contractuelles informatisées. En somme, un contrat écrit peut prévoir la transcription de certaines clauses dans un programme informatique dont l'exécution est liée à des informations présentes sur une base de données. Ce type de procédé était déjà utilisé par les institutions financières (trading, contrat de mandataire...) et les assurances (évaluation de l'indemnisation au moyen de barèmes informatisés). Ces entreprises disposaient alors de terminaux informatiques répertoriant diverses données (cotations boursières par exemple) dans leurs propres locaux. Dès lors, la qualification de *smart contract* semble acquise à ces procédés : la transcription informatique de clauses contractuelles et dont l'exécution est automatisée en raison d'un lien avec des informations inscrites sur une base de données.

Par conséquent, il semble qu'un *smart contract* peut exister sans avoir recours à la technologie *blockchain*. Cependant, il faut admettre que les opérations décrites ci-dessus s'apparentent plutôt à des opérations de *back-office* qu'à des relations contractuelles stricto sensu. En raison de la possibilité de lier sans intermédiaire deux parties, sans qu'aucune d'entre elles ne puisse agir lors de l'exécution du programme (et donc du contrat), la *blockchain* a apporté un nouveau souffle au *smart contract*. Il faut toutefois éclaircir deux points.

Tout d'abord, qu'est-ce que la technologie *blockchain* ?¹² Nombre d'articles et de commentaires ont déjà été écrits sur ce sujet.¹³ D'ailleurs, un autre groupe de travail de cet atelier a eu l'occasion de réfléchir sur cette technologie. Pour résumer brièvement, il s'agit d'une base de données cryptée et décentralisée qui permet d'assurer l'authenticité et la fiabilité des informations inscrites sur celle-ci.¹⁴ Traditionnellement, la base de données était localisée sur un même terminal (ordinateur, disque dur, serveur...) sous le contrôle d'une personne qui avait la maîtrise informatique et/ou physique de ce support. La décentralisation de la base de données, c'est-à-dire la présence d'éléments certifiés de celle-ci sur différents terminaux, conjuguée au cryptage des informations empêche normalement¹⁵ la corruption de ces données par un seul acteur. C'est d'ailleurs en tant que « dispositif d'enregistrement électronique partagé » que la *blockchain* est définie par le droit français.¹⁶

Ensuite, en quoi la *blockchain* modifie-t-elle la donne pour la mise en œuvre de *smart contracts* ? C'est ici que la spécificité de la décentralisation de la base de données prend tout son sens. Dans le cas d'une base de données « traditionnelle », l'inconvénient vient de la centralisation des informations sur un ou

¹² Selon un auteur, il s'agit de bases de données qui sont créées sur un réseau sans autorité centrale de contrôle. V. Nakamoto, Bitcoin : À Peer-to-Peer Electronic Cash System in Bitcoin Project, <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, consulté le 6 août 2019.

¹³ Dondero, *Les smart contracts*, JCP 2017, p. 19-22 ; Barraud, *Les blockchains et le droit*, RLDI 2018, n° 5206, p. 48-61 ; Gossa, *Les blockchains et smart contracts pour les juristes*, Dalloz IP/IT, 2018, p. 393-397 ; Service de recherche du Parlement européen, *How blockchain technology could change our lives*, STOA, 2017, p. 5.

¹⁴ Drescher, *Blockchain basics – a non-technical introduction in 25 steps*, 2017.

¹⁵ L'argument de la technologie *blockchain* est justement son caractère inviolable. Certes, il est difficile de venir porter atteinte à la *blockchain*, mais par malice, toute l'histoire de la cryptographie repose aussi sur la possibilité de casser les codes de celle-ci (l'histoire de la machine Enigma en est une parfaite illustration).

¹⁶ C. mon. fin., art L. 223-12 ; ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016.

plusieurs supports qui sont sous le contrôle physique et informatique d'un seul opérateur. À partir de là, tout est plausible : piratage, détournement des informations, inscription de fausses données, erreur, panne... Or la décentralisation permise par la technologie *blockchain* diminue ces risques : l'authenticité des données garantie par la validation de plusieurs terminaux (ordinateurs ou serveurs) évite la corruption du système. Cette situation ne peut que renforcer la confiance réciproque entre des agents économiques et donc de futurs contractants. Dès lors, il est possible aussi bien d'inscrire le code informatique du *smart contract* dans une *blockchain* (garantissant ainsi le contenu et le programme informatique) que de lier le contrat intelligent à des bases de données qui fourniront des informations certifiées pour l'exécution du logiciel, c'est-à-dire le *smart contract*.

En somme, si le *smart contract* n'est pas né avec la *blockchain*, cette dernière lui apporte aujourd'hui un soutien majeur dans son développement, en assurant à celui-ci l'authenticité du code informatique transcrit ou l'accès de celui-ci à des données authentiques (soit sur des registres publics ou bien sur une *blockchain*). L'absence d'un acteur humain peut laisser alors supposer une exécution loyale de la relation contractuelle... encore faut-il que les conditions de mise en œuvre soient claires et transcrites informatiquement de manière correcte.

III. Le *smart contract* : les limites de l'articulation entre les conditions du contrat et le code informatique

Puisque la bonne exécution du *smart contract* est liée à son insertion dans une *blockchain* et/ou à sa connexion avec des données enregistrées sur un tel registre, il revient donc au programmeur de transcrire en langage informatique les clauses contractuelles concernées. De ce constat, plusieurs questions viennent à se poser :

1. La transcription limitée des conditions d'un contrat en code informatique

« Le but d'un *smart contract* est de permettre l'exécution automatique de la prestation dès lors qu'une condition prédéfinie se réalise »¹⁷ : cet énoncé démontre la logique du *smart contract* qui repose sur la fameuse condition logique : « if [si]... then [alors]... ». Toutefois, la situation se corse lors de l'ajout d'une condition supplémentaire : par exemple, cumulative (if... and..., then...) ou alternative (if... or..., then...). Dans la même lignée, on peut imaginer très vite la tournure que peut prendre le « jeu d'écriture » du code informatique aussi bien lors d'une pluralité de conditions que dans le cas d'une alternance des deux types de conditions cités ci-dessus.

Toujours est-il que ces conditions ne peuvent être transcrites que dans le cas où le résultat d'une clause contractuelle puisse être défini par une valeur donnée ou une matrice.¹⁸ Or ce caractère chiffré¹⁹ d'une donnée et la logique de calcul qui s'ensuit ne sont pas, pour le moment, en adéquation avec l'appréciation de certains éléments du droit des contrats. Par exemple, comment un programme informatique pourrait-il apprécier la qualité de « bonne foi » du cocontractant ?²⁰ Ou bien l'exécution loyale d'une clause ou d'un contrat par celui-ci ? Qu'en est-il du caractère « raisonnable » ou « légitime » d'une exception... ?

Par conséquent, il apparaît qu'actuellement l'usage du *smart contract* est limité à des opérations où l'action humaine ne viendrait ni interagir dans l'exécution du contrat ni motiver un

¹⁷ Roda, *Smart contracts, dumb contracts ?*, Dalloz IP/IT 2018, p. 399.

¹⁸ En mathématiques, les matrices sont des tableaux de nombres qui servent à interpréter en termes calculatoires et donc opérationnels les résultats théoriques de l'algèbre linéaire et même de l'algèbre bilinéaire.

¹⁹ La donnée peut également être constituée par une suite de caractère alphanumérique, mais ceux-ci correspondent à un code informatique chiffré.

²⁰ En ce sens, Mekki, *Le smart contract, objet du droit* [partie 2], Dalloz IP/IT 2019, p. 30.

changement de celle-ci. Toutefois, les avancées technologiques, notamment avec le développement d'ordinateurs quantiques²¹ dont la puissance de calcul serait plus rapide en comparaison de nos technologies actuelles,²² pourraient permettre le développement d'une intelligence artificielle susceptible d'apprécier, dans un futur relativement proche, ces éléments subjectifs du droit des contrats.²³

2. L'intelligibilité du *smart contract* par les parties contractantes

La question de la transcription de ces conditions en code informatique en appelle une autre : la compréhension même de ce code. Certes, le contrat originel peut prévoir toute l'économie de la relation contractuelle et énoncer clairement que la transcription informatique des clauses doit concorder pleinement avec l'esprit de celles écrites dans le contrat. Cependant, cela revient à donner un blanc-seing au programmeur. Une telle liberté peut conduire en raison du caractère automatique de l'exécution du contrat à des conséquences importantes, voire dramatiques, pour l'un des cocontractants. La situation peut même être pire

²¹ Un ordinateur quantique (*quantum computer*, parfois traduit par ordinateur quantique) utilise les propriétés quantiques de la matière, telles que la superposition et l'intrication afin d'effectuer des opérations sur des données. À la différence d'un ordinateur classique basé sur des transistors travaillant sur des données binaires (codées sur des bits, valant 0 ou 1), le ordinateur quantique travaille sur des qubits dont l'état quantique peut posséder une infinité de valeurs.

²² Au *Consumer Electronics Show* (CES) de Las Vegas en janvier 2019, IBM Research a dévoilé le « premier ordinateur quantique commercial entièrement intégré » : le Q System One.

²³ Le MIT (Massachusetts Institute of Technology) a mis en place un questionnaire afin de recueillir les comportements des sondés lors de différents événements se produisant sur la route et évaluer le comportement que devrait avoir un véhicule autonome, afin qu'il soit plus proche de celui de l'homme... quitte à créer une échelle de préférence entre les différentes vies humaines (sauver un enfant plutôt qu'une personne âgée) : <http://moralmachine.mit.edu/>, consulté le 6 août 2019.

lorsque le code informatique de ces clauses contractuelles est inséré dans une *blockchain*, puisque l'exécution est alors automatique et autonome des parties ! Supposons les cas d'une simple erreur matérielle dans le code ou bien d'une transcription mal conçue... le *smart contract* pourrait alors s'exécuter en raison de la réunion de ces conditions alors que celles-ci ont été mal transcrites ! Se pose alors la question de la responsabilité de l'écriture (et donc de ces erreurs) : l'un des contractants (offreur) ? Le programmeur ? Qu'en est-il lorsqu'il est salarié de l'un des cocontractants ou d'un tiers ? et enfin dans le cas où il exerce une activité indépendante ?

De ces propos, il en découle la problématique de la vérification du code informatique du *smart contract* : doit-il être mis en annexe dans le contrat originel afin que toutes les parties puissent en prendre connaissance ? En d'autres termes, suffit-il d'insérer la transcription du code dans le contrat ? Si cette solution présente l'intérêt de s'assurer du consentement éclairé de l'individu, il faut admettre qu'elle n'est utile que lorsque les conditions logiques peuvent être aisément comprises par le plus grand nombre. Mais alors, qu'en sera-t-il pour la compréhension de l'écriture de la totalité d'un *smart contract*²⁴ (présentant une multitude de conditions) ou bien lorsqu'il faudra évoquer les champs vectoriels, matrices, ou d'autres éléments du code informatique. Dans les principes du droit des contrats, on parle d'intelligibilité de la rédaction de celui-ci²⁵ : est-elle respectée dès lors où un expert est nécessaire pour comprendre si le code informatique du *smart contract* est bien rédigé ? Expertise d'autant plus nécessaire dans le cas où le contrat intelligent serait

²⁴ Nous invitons le lecteur à observer à quoi peut ressembler le code d'un *smart contract* avec l'exemple, sous forme très simple, d'un contrat de mariage en droit américain : <https://etherscripter.com/0-5-1/>, consulté le 6 août 2019. D'ailleurs, ce site présente également d'autres types de *smart contracts*, notamment celui de la vente d'un brevet ou d'une licence de logiciel.

²⁵ *Chantepie*, L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat, *Revue des contrats* 2012, p. 989 et s.

inséré dans une *blockchain* où l'exécution de celui-ci échappe aux parties.

3. Le contrôle du code informatique et la modification du contrat

Dès que les conditions sont réunies, le *smart contract* s'exécute automatiquement. Mais qu'en est-il lorsque l'environnement juridique vient à changer ? En effet, comment le caractère « rigide » de l'exécution automatique peut-il s'articuler avec la relative souplesse des relations (humaines) contractuelles ? Il se pose alors la question de la modification du code informatique afin qu'il corresponde à la situation actuelle de la relation contractuelle. Deux solutions semblent se dessiner : soit de prévoir directement dans le smart contrat des lignes de code informatique (clause spécifique), qui permettront de modifier celui-ci : tel un avenant, un code informatique plus récent pourrait supprimer une ancienne transcription, soit de prévoir *a minima* des clauses informatiques prévoyant un terme ou un renouvellement du code.

De surcroît, les difficultés liées au contrôle du code informatique ne sont pas qu'intrinsèques : des facteurs extérieurs peuvent mettre à mal l'exécution de celui-ci. Dans le meilleur des mondes, celui de Panglos,²⁶ le piratage informatique ne saurait avoir raison de la *blockchain*... mais le risque zéro est inexistant.²⁷ L'encodage des données est certes verrouillé, mais rappelons que de nouvelles technologies (ordinateurs quantiques) seront susceptibles de pouvoir accélérer la vitesse des logiciels

²⁶ Savant métaphysicien présent dans le *Candide* de Voltaire, qui malgré le tragique d'une situation donnée affirme que « tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes ».

²⁷ L'exemple du décryptage de la machine Enigma, qui était considéré comme inviolable, illustre cette remarque. Son utilisation la plus célèbre fut celle faite par l'Allemagne, avant et pendant la Seconde guerre mondiale, la machine étant réputée inviolable selon ses concepteurs. Cependant, le code a pu être cassé par le travail de plusieurs cryptanalystes britanniques, dont *Alan Turing*.

de décryptage... De plus, l'infection par un virus d'une base de données même décentralisée peut mettre à mal non seulement le *smart contract*, mais aussi son accès à certaines données.²⁸ Les parties doivent alors avoir bien conscience qu'en intégrant ce code dans une *blockchain*, elles perdent le contrôle de son exécution : elles doivent s'assurer de prévoir toutes les conséquences d'une telle inscription...

Toutes ces questions ont pour objectif de démontrer que la réflexion sur les *smart contracts* ne doit pas se concentrer uniquement sur l'écriture informatique des conditions, mais également sur toutes les problématiques juridiques et factuelles posées par l'exécution automatisée d'un contrat. D'autant plus que cette exécution automatique peut entraîner un préjudice pour une partie, qui ne peut saisir une juridiction qu'après avoir pris subit une exécution déloyale ou erronée. Enfin, comment prendre en compte certaines dispositions légales telles qu'une demande de délais de grâce faite au juge ? Par conséquent, outre la modification du contrat, il faut également veiller à la bonne articulation du *smart contract* avec les dispositions légales du droit des contrats, notamment lors d'une modification législative ou de la reconnaissance d'une règle comme appartenant à l'ordre public économique.

IV. Le lien entre virtualité et réalité : le recours à un « Oracle » dans un *smart contract*

Dans tous les exemples cités jusqu'ici (notamment la sphère bancaire), il s'agissait de cas de transactions immatérielles, c'est-à-dire lorsque l'objet des contrats n'a aucun lien avec le monde physique. Pourtant, il est possible d'inscrire des *smarts contracts* dans une *blockchain* qui s'exécuteront au moyen d'une base de données (sur une *blockchain* ou non), dont les informations

²⁸ C'est le cas avec les rançongiciel (*Rasomware*). Il s'agit d'un logiciel malveillant qui prend en otage des données en les cryptant. Le propriétaire de celles-ci doit envoyer de l'argent en échange de la clé qui permettra de décrypter ces données.

proviendraient d'un matériel connecté. Cette interaction entre des phénomènes ou événements du monde physique convertis en données est jouée par ce que l'on nomme des « oracles », c'est-à-dire un tiers de confiance ou des instruments autonomes et connectés qui vont capter des données dans le monde physique (température, présence d'un objet) qui peuvent être inscrites sur une base de données sous le format d'une *blockchain*.

Afin d'illustrer l'ensemble de ce propos, le cas d'une assurance en cas de calamité agricole peut être cité.

1. Le contrat originel

Un assureur et un agriculteur signent un contrat d'assurance portant sur l'indemnisation des récoltes ayant subi une calamité météorologique. Le contrat prévoit qu'en cas de sécheresse, l'agriculteur sera indemnisé de ses récoltes impactées à hauteur du prix du marché des céréales au 30^e jour de la sécheresse. La sécheresse est définie par une clause du contrat : plus de 40° C, une pluviométrie de moins de 100 ml/mois et un vent de moins de 10 km/h.²⁹ Ces trois conditions cumulatives s'apprécieront sur une période glissante de 30 jours.

2. Le *smart contract*

Afin d'éviter toute contestation sur la réunion de ces conditions, le contrat originel prévoit que la clause d'évaluation de la sécheresse sera codifiée informatiquement et insérée dans une *blockchain* (il s'agit donc d'un *smart contract*) dans le but d'indemniser automatiquement l'agriculteur. En outre, il est mis à la disposition de celui-ci un instrument connecté (composé d'un thermomètre, d'un pluviomètre et d'un anémomètre) qui fournira les données météo à une base de données (nommée

²⁹ Les experts sur les questions assurantielles en matière agricole peuvent s'étonner des conditions données, mais l'objet ici n'est pas d'être en accord avec les pratiques assurantielles actuelles, mais de donner un exemple clair pour expliquer le propos.

« météo ») sous la forme d'une *blockchain*. Le smart contract utilisera uniquement ces données météo pour évaluer la situation de sécheresse. À titre d'exemple, la transcription de ces clauses en smart contract est grossièrement la suivante :

« *If* météo (30jours) = « Température > 40 ° » *and* « Pluie < 100 ml » *and* « Vent < 10 km/h », *then* indemnisation = prix des céréales x récoltes impactées »

En outre, il est prévu également une transcription informatique du paiement des cotisations qui seront prélevées automatiquement à échéance mensuelle sur un compte bancaire désigné par l'agriculteur.

Cet exemple bien défini, sans pour autant être ridicule, nous permet de voir toutes les problématiques.

3. Mise en application du *smart contract* et de l'oracle

En premier lieu, il faut observer la disparition de l'être humain comme tiers de confiance ; c'est-à-dire celle de l'expert. Tout est assuré par le *smart contract*, la *blockchain* et l'appareil connecté (oracle). L'exécution automatique peut être redoutable pour l'agriculteur sur deux points : l'automatisation déshumanisée des conditions du contrat et l'instrument connecté.

Pour l'appréciation des conditions, nous pouvons supposer trois cas, où une appréciation humaine aurait pu retenir la qualification de sécheresse alors que l'automatisation la refuse. Par exemple, c'est le cas d'une température de 45 °C, mais avec la présence d'un jour d'orage violent quinze jours après l'épisode caniculaire : les conditions ne sont pas remplies entraînant le refus d'une indemnisation. La chose est identique avec la présence de plusieurs orages : pas d'indemnisation. Enfin, supposons le cumul d'un vent fort et d'absence de pluie, mais avec une température convenable : les conditions de l'indemnisation ne sont pas remplies. De surcroît, ces exemples ne prennent pas en compte l'existence d'éventuelles décisions administratives : quid des

arrêtés de restriction d'eau. Enfin, le jeu des données peut aussi conduire à des incohérences : c'est le cas d'un jour où l'appareil inscrit 39,8 °C sur un seul jour, alors que 29 autres dépassent les 40 °C. Certes, ces difficultés viennent aussi de la négociation même des conditions, mais force est de reconnaître que l'absence de tiers de confiance humain conduit à une évaluation de la situation avec un tel niveau d'objectivité que cela en devient absurde.

Quant à l'appareil connecté, il peut poser quelques problèmes factuels : défectuosité, impossibilité de donner des données fiables (sauté...), là encore le *smart contract* ne se met pas en œuvre. On pourrait alors se questionner sur l'entretien de l'appareil et la responsabilité de cette tâche ? Bien sûr, le *smart contract* n'est aucunement en cause, mais cela démontre à travers un exemple concret les problématiques pratiques suscitées par la dématérialisation et la déshumanisation de l'exécution du contrat.³⁰

V. La suspension de l'exécution automatique : principal problème du *smart contract*

1. Faut-il légiférer sur le *smart contract* ?

Dès lors où de nouveaux phénomènes sociaux, technologiques ou économiques apparaissent, il existe toujours une certaine tentation à créer une législation encadrant rapidement de manière juridique ceux-ci. Le *smart contract* n'échappe pas à une telle demande. Toutefois, il semble important d'éviter la facilité de la mise en place d'un droit spécial, sans prêter attention aux apports déjà existants du droit général des contrats. En effet, ce dernier peut souvent appréhender ce type de phénomène tout en laissant une certaine liberté à celui-ci de produire ses effets

³⁰ *Raskin*, The Law and Legality of Smart Contracts, Georgetown Law Technology Review 2017, vol. 305, p. 306-341, spéc. p. 306 (L'automatisation assure l'exécution, pour le meilleur ou pour le pire, en supprimant le pouvoir discrétionnaire de l'humain de l'exécution du contrat).

positifs. Il suffit par la suite de corriger les conséquences qui seront considérées comme négatives pour les parties.

Comme cela fut évoqué, le *smart contract* n'est en rien un nouveau type de relation contractuelle. En effet, il n'établit pas de nouvelles relations juridiques ou de contreparties sur un nouvel objet de contrat³¹ qui nécessiteraient la mise en place d'une législation spécifique. En somme, il ne s'agit que d'une nouvelle modalité d'exécution du contrat au moyen d'un instrument informatique.

Puisqu'il ne s'agit pas d'une nouvelle catégorie de contrat, n'avons-nous pas déjà les outils nécessaires pour appréhender le phénomène du *smart contract* ? Apparemment, le droit général des contrats peut déjà répondre à beaucoup de problématiques que nous venons de poser. En effet, les dispositions légales concernant la formation du contrat peuvent s'appliquer. À titre d'exemple, les règles sur les vices du consentement peuvent être invoquées en se fondant sur l'intelligibilité du contrat (erreur) ou le caractère « honnête » des contreparties (dol). Quant à l'exécution du contrat, le principe d'exécution loyale de celui-ci est un atout solide pour s'assurer et vérifier la bonne conduite de celui-ci. La même chose s'applique pour la législation sur les clauses abusives. Par conséquent, le droit général des contrats est bien l'un des socles de la relation contractuelle (contrat original) et du bon fonctionnement du *smart contract*.

2. Le problème de la suspension de l'exécution et de l'exécution transfrontière

L'épineux problème du *smart contract* vient surtout la suspension de l'exécution de celui-ci dès lors où il est inscrit dans une *blockchain* et qu'un litige entre les parties vienne à naître. Il en va de même lorsque des dispositions d'ordre public économique ou bien de nouvelles règles de protection du consommateur

³¹ Nous entendons par là, le cas des contrats spéciaux qui nécessitaient une législation propre : vente, bail...

viennent à être mises en place ; celles-ci devront être prises en compte dans la relation contractuelle malgré l'autonomie du contrat. C'est pourquoi, il serait intéressant de consacrer légalement des principes simples portant sur le contenu d'un *smart contract*, tel que l'identification des parties, la transcription informatique des clauses de la façon la plus simple possible, la programmation d'un moyen de suspension ou de modification d'un smart contract en cas de recours du débiteur ou bien d'un changement de la législation nationale...

Cependant, il semble difficile de s'assurer qu'une relation contractuelle soit soumise à de nouvelles dispositions d'un droit national des contrats lorsque le *smart contract* a des interactions dans plusieurs pays. Cette exécution transfrontière forme l'un des intérêts du *smart contract* en ce qu'il permet d'assurer l'exécution d'obligations contractuelles dans des États où la stabilité politique et économique met à mal celles-ci. Certes, le contrat originel reste soumis aux règles de droit international privé (et encore, plusieurs systèmes juridiques pourraient se déclarer compétents en matière juridictionnelle ou de loi applicable), mais le *smart contract* exécute alors ces obligations contractuelles dans plusieurs territoires souverains. Cette exécution transfrontière et déshumanisée des contrats peut conduire ainsi à des conséquences dramatiques pour les parties, telles que des risques dus aux variations de taux de change. Toutefois, certaines de ces questions pourraient être résolues au moyen de conventions internationales ou de textes européens, tels que le règlement Rome I relatif à la loi applicable sur les obligations contractuelles.³²

À titre d'ouverture, nous souhaitons souligner que cette déshumanisation de l'exécution du contrat apporte une aide sérieuse au développement du *private enforcement*. Si le smart contract permet d'assurer aux parties une « meilleure » exécution du

³² Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

contrat, il participerait alors au bon déroulement de la relation contractuelle et limiterait ainsi la naissance de litiges entre les parties. De plus, le *smart contract* pourrait prévoir des clauses informatiques, qui sanctionneraient une partie lors d'un manquement à ses obligations (cas d'une sanction monétaire [pénalité] lors d'un retard de paiement) assurant ainsi le développement d'une exécution forcée « privée ». Sur ce point, certains auteurs se montrent très sceptiques sur de telles méthodes puisque l'exécution privée des contrats, notamment au moyen du *smart contract*, pourrait réduire la nécessité et la portée du monopole de l'exécution et des professions juridiques fournies par les États.³³ D'un autre côté, il faut bien reconnaître que la disparition de l'humain et surtout l'absence de l'action des parties dans l'exécution du contrat permettent de renforcer la confiance mutuelle entre les agents économiques.

En conclusion, si le *smart contract* présente nombre d'avantages (rapidité et confiance), les personnes juridiques tentées par cette expérience doivent agir avec précaution, car l'automatisation du contrat peut conduire au meilleur comme au pire.³⁴

³³ D'autres auteurs ont également développé cet argument : Les deux auteurs suivants ont apporté un ouvrage important en la matière dans le pays de naissance de la technologie du *smart contract* : *Nozick, Anarchy, state, and utopia*, Basic Books, 2^e éd. 2013, spéc. chap. 3 sur le rôle de l'État dans le monopole de la force publique ; *Stringham, Anarchy and the law: the political economy of choice*, 2007, Transaction Publishers, 2007, p. 697.

³⁴ *Raskin, The Law and Legality of Smart Contracts*, *Georgetown Law Technology Review* 2017, vol. 307, p. 306-341, spéc p. 306 (l'automatisation assure l'exécution, pour le meilleur ou pour le pire, en supprimant le pouvoir discrétionnaire de l'humain de l'exécution du contrat).

Atelier 2:

Digitalisierung der Ziviljustiz /

La numérisation du contentieux civil

Atelier 2.1:

**Digitalisierung der zivilrechtlichen
Streitbeilegung – Neue Zugangswege zu Gericht
oder Behinderung des Rechts? /**

***La numérisation du contentieux civil – Nouvelles
formes d'accès au juge ou entrave à l'effectivité
du droit ?***

Le traitement des différends par les legaltechs, service innovant ou « braderie du droit » ?

NELLY NOTO-JAFFEUX



Un bref résumé de la contribution en format vidéo peut être consulté sur internet :

https://youtu.be/pOhCWCuf_B8

Les vagues successives d'innovations technologiques des dernières décennies ont bouleversé la plupart des sphères professionnelles, et celle des juristes n'y a pas échappé. De là est apparu le terme de *legaltech*, issu de l'anglais *legal technology*, pour évoquer les entreprises qui mettent en œuvre des technologies innovantes, « *Tech* », au service du droit « *Legal* ».

Le processus s'est entamé avec le *big data*, traitement massif des données pour aider à la prise de décision dans la production

de services juridiques. L'enjeu, qualitatif comme quantitatif, repose sur l'idée qu'en extrayant et manipulant des décisions issues non plus de la seule mémoire humaine, mais de bases de données, l'analyse des tendances est plus rapide, plus performante et plus juste. Le professionnel, en possession d'un grand nombre de données représentatives, maîtrise mieux les opportunités et les risques potentiels de ses décisions. Il peut de surcroît tester ses arguments en confrontant les variables mises à sa disposition, améliorant ainsi sa stratégie juridique, de même que sa compétitivité.

Ces « outils actuariels »,¹ pour reprendre l'expression de B. Deffains, Professeur en sciences économiques à Paris 2, procurent un atout incontestable au professionnel du droit, dont la décision, que d'aucuns qualifient d'« anecdonnée »,² se révèle plus opérationnelle et pertinente. A titre d'exemple, le site *Doctrine.fr* qui réunit désormais « plus de deux mille avocats et juristes », témoigne d'une progression constante depuis sa création en 2016. L'une des équipes de recherche du CERCRID, laboratoire auquel j'appartiens, a d'ailleurs recours à leurs services. De manière plus engagée, le site *predictice.com* se propose « d'estimer le taux de succès d'une action contentieuse » en exploitant les données tirées de l'intégralité des décisions de justice. Implicitement, il faut reconnaître qu'un pas seulement sépare ce slogan de l'idée de justice prédictive. Si bien qu'au printemps 2017,³ une dizaine de magistrats des cours d'appel de Rennes et de Douai ont accepté, à la demande du ministère de la justice, de se prêter à l'expérimentation pour le calcul des indemnités d'un licenciement dépourvu de cause réelle et

¹ *Deffains/Thierry*, Les juristes rêvent-ils d'un droit algorithmique?, *Dalloz Avocats* n° 12, décembre 2017, p. 392-397.

² *Chaduteau*, Panorama des legaltechs, *Annales des Mines. Enjeux numériques* n°3, septembre 2018, p. 77-81.

³ *Depauw*, Intelligence artificielle : des robots à la place des juges?, *MPI*, mars 2018.

sérieuse. À dire vrai, le bilan de cet essai prospectif a été décevant.⁴ La réflexion préalable est sinon existante, à tout le moins faiblement approfondie. De plus, les *legaltechs* ne sont pas en mesure de prendre en compte l'existence d'un règlement amiable, au moins partiel entre les parties. Ces résultats ont permis de confirmer qu'en l'état actuel du droit et des technologies, la « robotisation de la justice »⁵ portait atteinte au principe d'examen particulier du dossier. Car, contrairement au raisonnement juridique traditionnel, les solutions tirées de l'intelligence artificielle ne tiennent pas compte « des nuances possibles du raisonnement, de la hiérarchie des précédents juridictionnels et de l'adaptation du droit à la singularité des espèces ».⁶

Cependant, un enseignement positif a été tiré de cette expérimentation. L'intelligence artificielle participe assurément à offrir « une décision de qualité convenable, à un prix abordable et dans un délai raisonnable ».⁷ Elle gagne donc à être utilisée par les juges comme par le justiciable. En revanche, les algorithmes « ne sauraient s'imposer au juge »⁸ car, comme le démontre A. Van den Branden dans son récent ouvrage,⁹ le robot ou « juge-machine »¹⁰ est dépourvu de conscience, d'indépendance et d'écoute, autant de « critères » pourtant indispensables pour

⁴ Letteron, L'accès numérique au droit, *Annales des Mines. Enjeux numériques* n° 3, septembre 2018, p. 68-73.

⁵ Depauw, Intelligence artificielle : des robots à la place des juges?, MPI, mars 2018.

⁶ Canivet, Les facteurs de transformation du droit, *Annales des Mines. Enjeux numériques* n° 3, septembre 2018, p. 38-44.

⁷ Van den Branden, Les robots à l'assaut de la justice. L'intelligence artificielle au service des justiciables, Bruylant, 2019.

⁸ Letteron, L'accès numérique au droit, *Annales des Mines. Enjeux numériques* n° 3, septembre 2018, p. 68-73.

⁹ Van den Branden, Les robots à l'assaut de la justice. L'intelligence artificielle au service des justiciables, Bruylant, 2019.

¹⁰ Depauw, Intelligence artificielle : des robots à la place des juges?, MPI, mars 2018.

trancher. Si bien qu'en attendant que la robotique « s'humanise »¹¹ et témoigne de conscience et d'émotion comme paraît déjà l'envisager *Guy Canivet*, il paraît encore prématuré de confier la responsabilité de statuer à la seule intelligence artificielle. Cependant, la « solution hybride »¹² caractérisée par un partenariat entre robot et juge contribuerait utilement à une justice efficiente. Je ne m'étendrai néanmoins pas davantage sur le sujet puisque d'autres présentations sont prévues à cet effet. Par conséquent, mon étude portera sur le traitement des différends tant que le juge n'intervient pas.

Pour la génération florissante de *geeks* trentenaires, entre l'aide à la décision et la prise de décision, il subsistait un champ conséquent à exploiter, savoir la production de services juridiques. Le présupposé déployé dans ce type de *legaltechs* veut qu'en se basant sur les standards établis par les professionnels du droit, les plateformes parviennent à fournir, non plus au professionnel, mais directement au particulier, une réponse plus rapide et moins onéreuse pour régler son problème juridique.

Ce phénomène s'opère sur deux niveaux simultanément. Dans un premier temps, il remplace le professionnel dans un certain nombre de ses prérogatives en facilitant l'accès aux actes juridiques de la vie courante et leur gestion. Dans un second temps, il aide le profane à résoudre son litige sans avocat, voire parfois même sans juge. De ce point de vue, le traitement des différends a été mis à l'épreuve des *legaltechs*.

Mais, corrélativement, bien que l'impact de cette révolution technologique sur le droit et la justice soit encore difficile à cerner, il n'en est pas moins vrai que les *legaltechs* témoignent déjà de limites. Il n'est donc pas étonnant que certains domaines

¹¹ *Canivet*, Les facteurs de transformation du droit, *Annales des Mines*. Enjeux numériques n° 3, septembre 2018, p. 38-44.

¹² *Albert*, Oui, l'intelligence artificielle peut être aux côtés du justiciable et du juge..., *Village-justice.com*, février 2019.

aient nécessité, voire nécessiteront peut-être encore davantage d'encadrement.

I. Le traitement des différends à l'épreuve des *legaltechs*

L'idée de procurer au profane des supports intelligibles afin qu'il puisse résoudre en toute autonomie les difficultés juridiques de la vie courante ne date pas d'hier. Mais aujourd'hui, cette dynamique s'est glissée vers le conseil personnalisé, domaine historiquement monopolistique de la profession d'avocat.

Il convient de présenter les différents services désormais proposés par ces plateformes juridiques pour ensuite identifier les raisons objectives pour lesquelles ce phénomène était en réalité tout à fait prévisible dans la mesure où il répond favorablement à la demande des usagers.

1. Le règlement des litiges en ligne

Aide à la solution. L'émergence du droit de la consommation a consacré la nécessité de protéger les droits du consommateur. Dans cette perspective, certains magazines, tel que celui d'*UFC-Que Choisir* ont entrepris de fournir aux particuliers une palette de solutions pour les litiges les plus courants. Concrètement, le lecteur y trouvait régulièrement des lettres types à destination du bailleur, du prestataire de services, tels que le garagiste ou le plombier, etc.

Dans un premier temps, les *legaltechs* se sont proposées, non plus seulement d'informer mais aussi d'assister les particuliers, de même que les auto-entrepreneurs, dans leurs démarches administratives et formalités juridiques. Ainsi, la production de documents ciblés ou de conseils juridiques généraux pour le particulier s'est glissée vers l'assistance personnalisée par une plateforme qui, munie des données communiquées par le client, fournit des documents pré-remplis, voire réalise et gère l'administratif en son lieu et place. À titre d'exemple, *ILoveTax*¹³ et

¹³ *ILoveTax*, site officiel, <https://ilovetax.fr>, consulté le 24 septembre 2019.

*Tacotax*¹⁴ sont spécialisés dans la fiscalité quand *Legalstart*¹⁵ gère les formalités des entrepreneurs. Pour sa part, *CaptainContrat*¹⁶ est une plateforme qui, une fois les informations personnelles du client récoltées, construit par algorithmes une première version du document juridique qui sera ensuite finalisée par un avocat.

Dans un second temps, une nouvelle étape a été franchie lorsque les *legaltechs* se sont intéressées au justiciable qui souhaitait résoudre un litige personnel, familial ou professionnel. En 2012, le site *DemanderJustice.com* s'implante pour, tel qu'il résulte de son slogan, « simplifier l'accès à la justice pour tous, indépendamment des moyens et connaissances de chacun ». Pour les litiges nés d'un contrat de travail de droit privé, le site *SaisirPrud'hommes.com* propose de saisir le juge compétent « par internet, sans se déplacer et sans aucune assistance ». Quelques années plus tard, le site *Litige.fr* se spécialise dans les litiges « du quotidien grâce à des recours simplifiés, entièrement en ligne et sans frais d'avocat ». Les *legaltechs* aidaient ainsi le justiciable à saisir la justice.

Solution en ligne. La démarche procédurale proposée par ces startups juridiques s'initiant par une procédure amiable, elles ont donc aussi commencé à investir le domaine de la résolution extra-judiciaire des litiges. En pratique, les plateformes comme *Demanderjustice.com* éditent automatiquement la mise en demeure qui sera envoyée à la partie adverse afin, certes de l'informer du différend, mais surtout dans le but qu'elle exécute ses obligations. Ce courrier, ultime moyen de pression avant la saisine du juge, a donc aussi pour enjeu de résoudre le conflit à l'amiable. D'autres plateformes comme *ejust* sont spécialisées dans la résolution extra-judiciaire des différends. Du reste, les

¹⁴ *Tacotax*, site officiel, <https://www.tacotax.fr>, consulté le 24 septembre 2019.

¹⁵ *Legalstart*, site officiel, <https://www.legalstart.fr>, consulté le 24 septembre 2019.

¹⁶ *CaptainContrat*, site officiel, <https://www.captaincontrat.com>, consulté le 24 septembre 2019.

professionnels ont eux aussi investis ce marché et notamment les huissiers avec leur plateforme *Medicys*.

À dire vrai, le justiciable disposait déjà d'autres services, tels que les cliniques du droit dont le succès va croissant, ou bien sûr les Maisons de la justice dans lesquelles des avocats sont à disposition, pour tenter de résoudre ses différends. Mais, avec les *legaltechs*, le service s'effectue à domicile, instantanément et surtout à un coût bien moindre. Leur succès était donc tout à fait prévisible.

2. Une offre séduisante pour l'utilisateur

Notre société est entrée dans l'ère du numérique. Il est désormais devenu naturel de se connecter avec son téléphone, sa tablette ou son ordinateur pour obtenir instantanément une réponse. Sans grand étonnement, ce réflexe est aussi adopté par la personne qui a un différend avec une autre. Pourtant, ce comportement consacre une nouvelle forme de justice, certes plus rapide et moins chère, mais assurément moins humaine.

Une autonomie revendiquée. Auparavant, lorsqu'une personne était confrontée à une difficulté juridique, elle se tournait naturellement vers un avocat. La recherche d'une solution passait donc en premier lieu par une prise de rendez-vous au cabinet de ce dernier. Mais, au contact humain s'est substituée la dématérialisation.

Ce phénomène s'est initié par les nombreuses publications que les forums juridiques destinent aux usagers afin qu'ils soient en mesure de s'informer eux-mêmes. Certes, comme nous avons eu l'occasion de l'évoquer lors d'un précédent colloque, « l'accessibilité au droit par la seule source internet postule (...) que le justiciable en soit doté ce qui reste hypothétique ».¹⁷ Mais si

¹⁷ *Noto-Jaffaux*, La spécialisation structurelle des juridictions : accessibilité et qualité, in : Zwickel/Cottin/Ferrand (sous la dir.), *Die organisatorische Modernisierung der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich / La modernisation*

tel est le cas, et c'est assez fréquent aujourd'hui, le justiciable est désormais en mesure de s'informer seul. Cependant, il n'obtient pas pour autant une solution immédiate à sa difficulté. En admettant qu'il consacre du temps pour comprendre la procédure, puis qu'il parvienne à accéder aux documents nécessaires pour ester en justice, encore faut-il qu'il sache où s'adresser. Les questions procédurales comme la juridiction compétente, les délais de prescription, etc. ne sont pas connues du public. Il est vrai que les maisons de la justice et du droit, les associations et surtout internet procurent une réponse précieuse aux justiciables. Mais, ces dispositifs ne rendent pas l'action en justice effective. *In fine*, l'usager doit effectuer ses démarches seul.

C'est à cette lacune que les *legaltechs* comme « demanderjustice.com » sont parvenues à remédier puisque ces nouveaux services proposent à l'internaute d'être assisté dans ses démarches tout en gardant son autonomie. A dire vrai, les professionnels du droit tentent de reprendre ce marché. Mais le réflexe de « se rabattre sur internet ou les startups du droit »¹⁸ s'est généralisé. De surcroît, l'intervention d'un juriste n'étant pas légalement imposée dans les domaines dans lesquels ces plateformes se sont installées, la solution clé en main peut-être préférée. L'argument vaut d'autant plus que ce service témoigne d'un coût défiant toute concurrence.

Un rapport célérité/coût imbattable. Le succès des *legaltechs* était inévitable avant toute chose parce qu'elles répondent à la demande du client qui ne souhaite ou ne veut plus « payer aussi cher ses prestations ».¹⁹ Elles poursuivent d'ailleurs clairement l'objectif de « répondre à tous types de questions juridiques

organisationnelle de la justice civile en France et en Allemagne, JWV, 2015, p. 125-138, spéc. p. 129.

¹⁸ *Le juriste de demain*, Droit, business et legaltech, Village-justice.com, septembre 2016.

¹⁹ *Le juriste de demain*, Droit, business et legaltech..., Village-justice.com, sept. 2015.

qu'un justiciable posait traditionnellement à son avocat ». ²⁰ En pratique, le client obtient un document juridique « en moins de soixante-douze heures » ²¹. Depuis plus récemment, il lui est même possible d'obtenir moyennant la somme de vingt euros un contact téléphonique immédiat avec l'avocat de son choix pour une durée de vingt minutes. ²² En somme, les *legaltechs* procurent au justiciable une réponse attendue et revendiquée en lui donnant accès simplement et rapidement à une solution clé en main à un faible coût.

Par conséquent, elle présente des avantages incontestables pour le justiciable qui sera peut-être moins réticent à l'idée de résoudre ses difficultés. Font écho à cette déclaration les conclusions qui s'étaient dégagées lors d'un précédent atelier, savoir que, contrairement au justiciable allemand, le justiciable français est bien moins proche de son juge et hésite donc davantage à le solliciter. De ce point de vue, obtenir une solution rapide et simple, et de surcroît, à un coût plus faible peut participer utilement à la démocratisation du droit et de la justice en général.

Il n'est donc pas étonnant que l'offre proposée par les *legaltechs* ait été si favorablement reçue par l'utilisateur. Mais cette autonomie lui fait corrélativement perdre le bénéfice d'être conseillé par un professionnel dont la compétence est reconnue. Finalement, tout dépend de la *legaltech* choisie. Si le service proposé n'est pas *a minima* contrôlé, le justiciable s'expose, peut-être même à son insu, à une solution inadaptée. Ce phénomène constitue un risque du point de vue de la qualité et de l'équité de la justice que l'utilisateur est pourtant en droit d'attendre dans la solution de son différend.

²⁰ Saurel, Quel avenir pour les LegalTech en France?, Affiches parisiennes, janvier 2019.

²¹ *CaptainContrat*, site officiel, <https://www.captaincontrat.com>, consulté le 24 septembre 2019.

²² *CallALawyer*, site officiel, <https://www.callalawyer.fr>, consulté le 24 septembre 2019.

II. Les *legaltechs* à l'épreuve du traitement des différends

Dans la mesure où la standardisation garde ses limites, s'en remettre à une startup n'est pas un choix sans conséquence. Bien que des dispositifs normatifs aient été mis en place, notamment pour exiger l'intervention d'un professionnel compétent, le traitement des différends par les *legaltechs* mérite peut-être encore de nouvelles mesures avant de devenir une alternative satisfaisante.

1. La solution « ubérisée », une alternative limitée

Champ d'intervention. Il faut bien comprendre que les *legaltechs* sont, par essence, dématérialisées. La nature même du dispositif limite donc leur développement à deux niveaux. *Primo*, la consultation juridique, savoir toute « prestation intellectuelle syllogistique consistant à analyser la situation de fait (...) personnelle pour y appliquer ensuite la règle de droit abstraite correspondante » est un périmètre d'activité réservé qui limite en conséquence les fournisseurs privés de services juridiques à une prestation exclusivement matérielle.²³ Dans le cas inverse, ils s'exposeraient au chef d'exercice illégal de la profession d'avocat.²⁴ *Secundo*, parce que ces plateformes restent des outils dématérialisés, il leur est donc impossible d'accompagner physiquement le justiciable au procès.

Dans ce contexte, les *legaltechs* ne peuvent pas apporter une solution personnalisée au justiciable, de la même manière qu'il leur est impossible de proposer d'autres services que celui d'aider à la saisine des juridictions, qui plus est dans les domaines de contentieux qui n'exigent pas le ministère d'avocat.

²³ CA Paris, 21 mars 2016, n° 14/04307 ; *G'sell*, La protection du périmètre face aux *legaltechs*, *Dalloz Avocats* n° 3, mars 2019, p. 166-169. ; *Dufour*, Le feuilletton DemanderJustice continue !, *Gazette du Palais* 14 février 2017, p. 7-8. ; *Portmann*, Demanderjustice.com : pas de preuve suffisante de l'exercice illégal de la profession d'avocat, *Dalloz Actualité*, mars 2016.

²⁴ Art. 4 et 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

La qualité, un critère à privilégier. La résolution extra-judiciaire des différends n'est pas, en soi, un domaine d'activité réservé. Les *legaltechs* peuvent donc exercer les activités de négociation, de médiation ou d'arbitrage, dès lors qu'elles ne s'immiscent pas dans le périmètre d'activité réservé de la consultation juridique. Ainsi, *ejust*²⁵ propose « d'auto-générer » sur la base des informations fournies par les parties un formulaire d'accord amiable. L'assistance d'un médiateur est prévue mais son champ d'intervention, de même que ses compétences, restent encore floues. La solution amiable est aussi possible avec les plateformes d'aide à la saisine des juridictions. En effet, le serveur édite automatiquement une mise en demeure qui est envoyée à la partie adverse afin de l'informer du litige. Mais en réalité, cette étape procédurale est surtout l'occasion ultime pour les parties de résoudre leur différend avant de recourir au juge.

Ainsi, les plateformes proposent à leur clientèle des solutions extra-judiciaires qui n'ont pas fait l'objet d'un examen particulier, les parties n'ayant, en principe, reçu aucun conseil personnalisé. Il paraît pourtant difficile d'imaginer qu'une négociation en vue d'obtenir une solution acceptée puisse s'effectuer sans que la situation particulière des parties n'ait été au préalable analysée. Si l'équilibre résultant de la solution extrajudiciaire à un différend n'a pas été contrôlé, l'utilisateur, esseulé, s'expose à accepter une proposition, sinon injuste du point de vue de ses droits,²⁶ du moins possiblement éloignée du principe de la réparation intégrale.

Par ailleurs, il subsiste toujours le risque qu'un usager souscrive à un service inopérant, comme par exemple solliciter

²⁵ *Ejust*, site officiel, <https://ejust.law>, consulté le 24 septembre 2019.

²⁶ *Véricel*, La participation du profane à l'œuvre de justice : l'exemple du droit français, in : *Zwickel/Cottin/Ferrand* (sous la dir.) *Die bürgernahe Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich / La justice civile de proximité en France et en Allemagne*, JWV, 2013, p. 41-52.

une aide à la saisine pour une juridiction qui n'est pas compétente. Certes, les plateformes se spécialisant en fonction du domaine du litige, cette hypothèse peut, à première vue, ne paraître que théorique. Mais, seul devant son écran, l'utilisateur inexpérimenté peut aisément s'égarer. Dans ce cas, les économies que l'internaute pensait effectuer avec un service à un faible coût risquent de se transformer en dépense supplémentaire. Car, bien souvent, lorsqu'un avocat reprend une affaire, il le fait dans son intégralité et applique donc son tarif d'honoraires habituel. Dans la même veine, le client peut commander sur des plateformes comme *CaptainContrat*²⁷ ou *Lafabriquejuridique*²⁸ un acte juridique qui n'est pas adapté. Dans cette hypothèse, l'erreur risqué d'engendrer des difficultés postérieures dont l'ampleur peut être considérable, la création d'une entreprise dont le régime fiscal n'est pas adapté au chiffre d'affaires restant une illustration topique.

C'est certainement la raison pour laquelle d'aucuns affirment que pour ces *legaltechs*, « la promesse ne tient pas à la qualité du service délivré ». ²⁹ Plus objectivement, il semble surtout que la standardisation soit un facteur de risque supplémentaire pour l'utilisateur. Le rapprochement des *legaltechs* avec des professionnels compétents paraissait donc nécessaire pour remédier à ces dysfonctionnements.

Le rapprochement avec les professionnels du droit, une perspective inévitable. Dès lors que le litige relève d'une procédure où le ministère d'avocat est obligatoire, les plateformes d'aide à la saisine ne sont plus d'aucune utilité pour le justiciable. Or, ce domaine de contentieux a été étendu avec le

²⁷ *CaptainContrat*, site officiel, <https://www.captaincontrat.com>, consulté le 24 septembre 2019.

²⁸ *Lafabriquejuridique*, site officiel, <https://www.lafabriquejuridique.fr/>, consulté le 24 septembre 2019.

²⁹ *Chaduteau*, Panorama des legaltechs, *Annales des Mines. Enjeux numériques* n° 3, septembre 2018, p. 77-81.

projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice,³⁰ définitivement adopté le 18 février 2019 et désormais en vigueur.³¹ Mais, indépendamment des règles procédurales liées à l'action en justice, le justiciable peut tout simplement souhaiter recourir aux services d'un avocat pour le conseiller ou l'aider à trouver une solution. Il existe donc encore un champ important sur lequel les *legaltechs* ne peuvent se développer seules.

Il s'est donc agi de s'associer avec les avocats. L'avantage est double. D'une part, l'expertise juridique du professionnel contribue à valoriser leurs services standardisés. D'autre part, ce rapprochement leur permet d'étendre leur domaine d'intervention en étant en mesure de proposer à leur clientèle de « trouver votre avocat », pour reprendre le slogan de Alexia.fr ou le « bon avocat près de chez vous », comme annoncé par *mon-avocat.fr*. La loi du 17 mars 2014, dite Loi Hamon³² a d'ailleurs fortement accéléré cette dynamique, notamment parce que depuis, les avocats peuvent « recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée ».

C'est ainsi que les plateformes juridiques, comme *Captain-Contrat* ont pu proposer de finaliser leur document pré-rempli par un avocat. D'autres se sont spécialisées dans le référencement ou la mise en relation avec un avocat. A tel point qu'en 2015, le président de la commission *Exercice du droit* au CNB

³⁰ Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JUST1806695L.

³¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JO 24 mars 2019, texte n° 2.

³² Art. 13 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF du 18 mars 2014, p. 5400 : « L'article 3 bis de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est complété par deux alinéas ainsi rédigés : « Dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée. » / « Toute prestation réalisée à la suite d'une sollicitation personnalisée fait l'objet d'une convention d'honoraires ».

avouait recevoir pas moins d'une demande de création par jour.³³ Pourtant, en avril 2019, sur 250 *legaltechs* recensées, encore 70 % sont gérées exclusivement par des startups.³⁴ Le recours à l'avocat n'est donc pas encore une faculté généralisée.

Du reste, ce rapprochement entre les avocats et les *legaltechs* pose d'autres types de difficultés.

2. Le recours à l'expertise, un service à améliorer

La qualité du praticien, une garantie à assurer. La « floraison soudaine et massive »³⁵ de plateformes n'a pas été immédiatement encadrée par le législateur. Il s'en est suivi une prolifération de « braconniers du droit »³⁶ ou « *legaltechs* 'non éthiques' ne faisant –en réalité– appel à aucun avocat et faisant courir d'importants risques juridiques à leurs utilisateurs ».³⁷ Dans ce contexte, garantir au consommateur que le prestataire présenté comme un avocat l'était réellement est devenu une préoccupation centrale pour les professionnels du droit. A ce titre, le CNB a lancé sa propre plateforme afin de garantir au justiciable que le professionnel référencé témoignait réellement des compétences et des « principes de gouvernance éthique »³⁸ prétendus. Plus récemment, le législateur est venu réguler les prestations juridiques en ligne. Tel qu'il résulte de l'article 4-2 de la loi de réforme pour la justice « les services en ligne (...) ne peuvent

³³ Dufour, Depuis un an les sites de référencement des avocats se multiplient, Gazette du Palais, janvier 2016, p. 9-11.

³⁴ *Le village de la justice*, Guide et observatoire permanent de la legaltech et des start-up du droit, Village-justice.com, avril 2019.

³⁵ Dufour, Depuis un an les sites de référencement des avocats se multiplient, Gazette du Palais, janvier 2016, p. 9-11.

³⁶ Senneville/ Iweins, Avocats en entreprise : C'est à nous de convaincre avec des propositions réalistes, Les échos, janvier 2018.

³⁷ Andry, L'avocat créateur de legaltech : l'exemple de la fabrique juridique, Village-justice.com, décembre 2018.

³⁸ Canivet, Les facteurs de transformation du droit, Annales des Mines. Enjeux numériques n° 3, septembre 2018, p. 38-44.

avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel ». Si bien que, l'intervention d'une personne physique dans une procédure de conciliation, médiation ou arbitrage est devenue obligatoire. De surcroît, celle-ci doit accomplir sa mission « avec impartialité, indépendance, compétence et diligence ».³⁹

D'évidence, cette réforme procure un certain nombre de garanties qu'il reviendra à la jurisprudence de préciser. Quelques choix curieux méritent néanmoins d'être utilement soulignés et notamment celui relatif à la qualité du prestataire. L'article 4-7 dispose que les services « peuvent faire l'objet d'une certification par un organisme accrédité », cette dernière étant accordée « au service en ligne qui en fait la demande, après vérification du respect des exigences mentionnées aux articles 4-1 à 4-6 ». La certification n'est en conséquence qu'optionnelle. Les *legaltechs* fournissant des prestations de conciliation, de médiation, ou bien celles d'aide à la saisine des juridictions pourront donc continuer à fournir des solutions sans justifier des compétences de leurs intervenants. Bien que le client soit en principe informé,⁴⁰ cette solution législative paraît regrettable.

La notation de sa prestation, un risque déontologique. Le bouleversement que provoqueraient les startups sur les pratiques du droit en général et la profession d'avocat en particulier avait été pronostiqué en aval par des auteurs comme Richard Susskind,⁴¹ ou Jaap Bosman.⁴² La France sera néanmoins tardive pour visualiser l'ampleur du phénomène. Dans les années 2010,

³⁹ Art. 4 à 6 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁴⁰ Art. 4-1 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : « (...) Le service en ligne délivre une information détaillée sur les modalités selon lesquelles la résolution amiable est réalisée ».

⁴¹ *Susskind, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, 2010 ; *Susskind, Tomorrow's Lawyers : An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, 2013.

⁴² *Bosman/Hakanson, Death of Law Firm*, JBLH, 2015.

d'aucuns finissent par déclarer que pour « survivre au ‘nouveau maintenant’ », ⁴³ les avocats doivent se « transformer ». ⁴⁴ Mais, certainement parce que ces derniers sont encore gouvernés par une vision très traditionnelle de leur profession, historiquement opposée à l'idée de « promouvoir, directement ou indirectement, (...) [leurs] services ou l'image [de leur] profession », ⁴⁵ ils ne se saisissent pas de cette nouvelle opportunité. Les fondateurs de ces legaltechs ont ainsi pu imposer leur propre modèle qui ambitionnait clairement de devenir « le tripadvisor des avocats ». ⁴⁶ Naturellement, la profession d'avocat y était fermement opposée. Mais, pour les juges, dès lors que l'information

⁴³ Lamon, Services juridiques : innover pour survivre au ‘nouveau maintenant’, Leads Generation, 2013.

⁴⁴ Wickers, La grande transformation des avocats, Dalloz, 2014.

⁴⁵ Art. 4 de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE du 27 décembre 2006, L 376/36 : « (...) 12) «communication commerciale», toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales: / a) les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique, / b) les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière » ; art. 24 : « Communications commerciales des professions réglementées » / 1. Les États membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées. / 2. Les États membres veillent à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées ».

⁴⁶ Dufour, Depuis un an les sites de référencement des avocats se multiplient, Gazette du Palais, janvier 2016, p. 9-11.

délivrée est « loyale, claire et transparente », ⁴⁷ rien ne s'oppose à la publication d'avis, voire à la notation d'un avocat. Plus précisément, la prohibition des mentions comparatives est une « restriction qui a pour objectif d'assurer le respect des règles professionnelles visant à l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession d'avocat », Or parce que « les tiers ne sont pas tenus par les règles déontologiques de cette profession », ils ne sont donc pas concernés. Cette jurisprudence reprise ensuite au sein du code de la consommation ⁴⁸ a ainsi consacré la possibilité pour les clients des legaltechs de donner leur avis sur la prestation de l'avocat.

Depuis, se référencer sur une *legaltech* est une opportunité pour l'avocat de développer sa clientèle. Mais, corrélativement, cette pratique constitue un risque pour sa réputation. Pour exemple, l'application *CallALawyer* ⁴⁹ propose, moyennant la somme de 20 euros, un entretien de 20 minutes avec un avocat. L'offre est alléchante de sorte que, nombreux sont les usagers qui préféreront se tourner vers ce type de support. Mais, à l'issue de son entretien, le client va noter la prestation de l'avocat. Dans ce contexte, le risque est grand que son avis se fonde plutôt sur la capacité de l'avocat à répondre rapidement au problème juridique posé que sur sa réelle compétence. L'argument vaut d'autant plus que le profane n'est pas vraiment en mesure d'apprécier la qualité de la prestation de l'avocat. Il faut donc envisager que ce dernier, parce qu'il doit préserver son indice de confiance, préfère privilégier les critères importants au client, tels que la rapidité ou le coût -sur les plateformes où les honoraires sont libres-, plutôt que ceux peut-être moins apparents mais assurément plus essentiels ; topiquement, l'avocat a besoin d'un temps minimal pour analyser un dossier avant de fournir une

⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2017, n° 16-13.669. Bull. civ. n° 5, I n° 106.

⁴⁸ Art. L. 111-7-2. Code de la consommation.

⁴⁹ CallALawyer, site officiel, <https://www.callalawyer.fr>, consulté 24 septembre 2019.

réponse adaptée. Bien que le CNB ait récemment décidé d'encadrer les services juridiques en ligne,⁵⁰ il semble que, en pratique, satisfaire les exigences du client en lui proposant des prestations rapides et immédiates rend plus délicat la possibilité de s'assurer que l'avocat privilégiera toujours sa déontologie. L'argument vaut d'autant plus que, pour trop d'avocats, témoigner d'une rémunération faible est devenu une réalité quotidienne.⁵¹

III. La conclusion

Le développement de la *legaltech* pour résoudre les litiges était assez prévisible. L'utilisateur exige une réponse rapide et peu onéreuse, des atouts que procurent les services en ligne tant dans le domaine judiciaire jusqu'à l'audience, que dans le domaine de la résolution extra-judiciaire des différends. De ce point de vue, les « non-avocats (...) déterminés à prendre [la] place [des avocats] sur un marché longtemps monopolisé »⁵² ont incontestablement triomphé.

Toutefois, les services juridiques fournis par les startups restent limités par nature. La dématérialisation exclut l'assistance humaine. Il leur est donc impossible d'accompagner le justiciable au procès, de même que, seules, les *legaltechs* ne peuvent apporter une solution juridique personnalisée à leur client. Dès lors, l'autonomie qu'elle procure, vue par l'utilisateur comme un avantage, peut devenir un facteur propice à la solution rapide mais potentiellement inadaptée voire injuste, donc qualitativement discutable. Si bien que pour améliorer leur service, ces

⁵⁰ Art. 19 du RIN supprimé et entièrement remplacé par DCN 2016-002, AG du CNB du 9 décembre 2016, Décision du 26 janvier 2017 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée), JO 13 avril 2017, texte n° 33.

⁵¹ Avocat, un statut en balance, L'Express 6 août 2009 ; Bégulé, La face sombre du métier d'avocat : du rêve à la réalité, Le Point, avril 2019.

⁵² *Le juriste de demain*, Droit, business et legaltech, Village-justice.com, septembre 2016.

plateformes ont été contraintes de se rapprocher des professionnels du droit, et en particulier des avocats. Par suite, le législateur a d'ailleurs interdit la solution exclusivement issue d'un algorithme, l'intervention d'une personne physique étant devenue obligatoire.⁵³ Mais ces mesures ne paraissent pas suffisantes. La compétence professionnelle du prestataire n'est pas encore imposée. De plus, lorsque les avocats participent au processus, ils sont confrontés à de nouvelles contraintes dans leur exercice qui ne sont pas toujours compatibles avec leur déontologie. Dans ce contexte, il est probable que ces derniers soient amenés à adapter leurs règles éthiques mais, réciproquement, les *legaltechs* vont devoir mieux accepter les règles déontologiques qui gouvernent les professionnels auxquels elles ont recours. La récente réforme de la justice qui leur impose d'agir « avec impartialité, indépendance, compétence et diligence »⁵⁴ s'inscrit clairement dans cette perspective. Mais, la régulation ou « l'autorégulation »⁵⁵ passe peut-être aussi par la mise en place d'une charte déontologique propre aux *legaltechs*.

Il faut reconnaître que les plateformes de services juridiques en ligne se développent, non pas dans un marché, mais dans un domaine protégé par le droit au procès, et plus particulièrement le droit d'obtenir une solution équitable. Imaginer qu'elles puissent continuer à foisonner sans respecter les règles éthiques qui gouvernent les acteurs auxquels elles prétendent se substituer, relève certainement de l'utopie.

⁵³ Art. 4 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : « Après l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, sont insérés des articles 4-1 à 4-7 ainsi rédigés : / (...) « Art. 4-3.-Les services en ligne mentionnés aux articles 4-1 et 4-2 ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel ».

⁵⁴ Art. 4 à 6 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

⁵⁵ *Canivet*, Les facteurs de transformation du droit, Annales des Mines. Enjeux numériques n° 3, septembre 2018, p. 38-44.

Bürgernahe Ziviljustiz: Ideen für ein digitales Bagatellverfahren / *Une justice civile de proximité : perspectives pour une procédure dématérialisée des petits litiges*

MARTIN ZWICKEL



Ein Video mit einer Kurzzusammenfassung des Beitrags ist unter <https://youtu.be/vgNVmYJwMOU> verfügbar.

„*De minimis non curat praetor*“ lautet ein altes Sprichwort.¹ Damit ist gemeint, dass sich die zur Entscheidung berufene Person (der praetor) nicht mit ganz geringfügigen Rechtsstreitigkeiten

¹ Zur Historie des Proverbs sh. ausführlich *Schmieder*, *De minimis non curat praetor*, ZZP 2007, 199 (200); zur Abbildung des Prinzips in den geltenden Prozessrechten sh. *Buß*, *De minimis non curat lex*, NJW 1998, 337.

zu befassen hat.² Im Bereich der Digitalisierung der Ziviljustiz lässt sich derzeit ein ganz ähnliches Phänomen beobachten, denn auch die digitalisierte Justiz befasst sich nur in marginalem Umfang mit sog. Bagatellen. Überlegungen zur Digitalisierung des Zivilprozesses betreffen nämlich vielfach nur oder vor allem den Anwaltsprozess, d.h. Verfahren, in denen die Parteien von Anwälten zu vertreten sind.³ So werden besondere Kommunikationswege zwischen Gerichten und Anwälten in den Blick genommen (z.B. beim besonderen elektronischen Anwaltspostfach, beA)⁴ und Überlegungen angestellt, die die Anwälte zur Strukturierung des Streitstoffes verpflichten sollen.⁵ In Deutschland und in Frankreich können aber auch die Parteien selbst, ohne anwaltlich vertreten zu sein, ein Zivilverfahren betreiben. Derartige Verfahren spielen sich vielfach (aber nicht nur) im Bereich der so genannten Bagatellstreitigkeiten ab. In diesem Bereich ist es den Parteien derzeit nur mit Schwierigkeiten oder gar nicht möglich, selbständig digital zu prozessieren.⁶ In jüngerer Zeit mehren sich daher Stimmen bzw. Projekte für die

² Eine solche vollständige Rechtschutzversagung für Bagatellsachen lässt sich aber bereits für das römische Recht nicht nachweisen. So *Klingenberg*, *Minima non curat praetor*, in: *Altmeppen/Reichard/Schermaier et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 559 (582).

³ *Preuß*, *Der elektronische Zivilprozess – Nutzen oder Schaden*, *ZZP* 2016, 421-460.

⁴ Sh. hierzu ausführlich *Müller*, *eJustice – Praxishandbuch: Ein Rechts-Kompodium zum beA, EGVP und zur eAkte für Rechtsanwälte, Behörden und Gerichte*, 4. Aufl., 2019.

⁵ *Gaier*, *Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess*, *JurPC Web-Dok.* 133/2015; *Gaier*, *Der moderne liberale Zivilprozess*, *NJW* 2013, 2871; *Zwickel*, *Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Partei herrschaft und Richtermacht*, in: *Buschmann/Gläß/Gonska et al.*, *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig*, 2018, S. 179 ff.; *Effer-Uhe*, *Möglichkeiten des elektronischen Zivilprozesses*, *MDR* 2019, 69, 71.

⁶ In diesem Sinne auch *Köbler*, *Arbeitsvereinfachung durch geordnete Sachvorträge*, *DRiZ* 2019, 212 (213).

Berücksichtigung von Bagatellverfahren im Rahmen der Bemühungen um die Digitalisierung der Justiz. Grund hierfür sind nicht zuletzt die großen Verfahrensrückgänge in der deutschen Justiz, von denen Bagatellverfahren besonders stark betroffen sind. So wurde in Deutschland ausdrücklich bereits ein „beschleunigtes Online-Verfahren für geringe Streitwerte“ gefordert.⁷ Einem am 18. Februar 2019 beschlossenen großen Justizreformgesetz⁸ zu Folge existiert in Frankreich bereits eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Schaffung eines Online-Bagatellverfahrens. Die Regierung muss nun, auf dem Verordnungswege, bis zum Jahr 2022 noch die Rahmenbedingungen hierfür schaffen.

« De minimis non curat praetor » dit un vieil adage qui signifie que la personne désignée pour statuer (le praetor) ne doit pas s'occuper de petits litiges. Un phénomène très similaire peut

⁷ Präsident des OLG Nürnberg: Nürnberger Nachrichten vom 17. Dezember 2018, S. 30; Nicolai/Wölber, Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229; Kritisch hierzu Wolf/Freudenberg, Schlüssel zu einem effizienten Zivilprozess, ZRP 2018, 183 (184); uneinheitlich sind auch die Meinungen der Länderarbeitsgruppe: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe: TOP I.11, *Legal Tech*, Herausforderungen für die Justiz, S. 104 (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPI_11_Abschlussbericht.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2019).

⁸ Art. 26 al. 3 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2: „Les oppositions aux ordonnances portant injonction de payer statuant sur une demande initiale n'excédant pas un montant défini par décret en Conseil d'Etat et les demandes formées devant le tribunal de grande instance en paiement d'une somme n'excédant pas ce montant peuvent, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, être traitées dans le cadre d'une procédure dématérialisée. Dans ce cas, la procédure se déroule sans audience. Toutefois, le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande. Le tribunal peut, par décision spécialement motivée, rejeter cette demande s'il estime que, compte tenu des circonstances de l'espèce, une audience n'est pas nécessaire pour garantir le déroulement équitable de la procédure. Le refus de tenir une audience ne peut être contesté indépendamment.“

actuellement être observé dans le contexte de la digitalisation: les réflexions sur la numérisation du procès civil concernent souvent uniquement le procès avec représentation obligatoire par un avocat. Toutefois, en Allemagne et en France, les parties elles-mêmes peuvent également engager un procès civil sans se faire représenter par un avocat. De telles procédures se déroulent souvent (mais pas seulement) dans le domaine des petits litiges.

Pour l'instant, il est difficile, voire impossible, pour les parties elles-mêmes de mener un procès par voie numérique. C'est pourquoi il y a eu, tout récemment, des initiatives en faveur d'une intégration des petits litiges dans les efforts de numérisation de l'appareil judiciaire en Allemagne. Pour la France, l'introduction d'une procédure dématérialisée des petits litiges est déjà prévue dans la loi de programmation pour la justice 2018-2022. Tout dépend actuellement d'un décret en Conseil d'État. On ne connaît donc pas encore les contours d'une telle procédure.

Besonderheiten (I.), Anforderungen (II.) und denkbare Design (III.) eines solchen digitalen Bagatellverfahrens sollen im Nachfolgenden vorgestellt werden.

Les particularités (I.), les exigences (II.) et les contours imaginables (III.) d'une telle procédure numérique pour les demandes de faible importance sont présentés ci-après.

I. Begriffsbestimmung und Besonderheiten von Bagatellverfahren / La définition et les particularités des petits litiges

Der Begriff „Bagatellverfahren“ ist kein feststehender Begriff. Vielmehr bedarf die Bestimmung des Anwendungsbereiches eines solchen Verfahrens besonderer Aufmerksamkeit (1.). Die Vergewärtigung der weiteren Besonderheiten eines Bagatellverfahrens ist wichtige Grundlage für seine spätere konkrete Ausformung (2.).

La notion de « procédure des petits litiges » n'a pas de contenu clairement déterminé. Dès lors, la détermination du champ d'application d'une telle procédure nécessite une attention particulière (1.). La visualisation des autres particularités d'une procédure de règlement des petits litiges est une base importante pour sa mise en forme ultérieure (2.).

1. Definition und Anwendungsbereich von Bagatellverfahren / *La définition et le champ d'application des procédures des petits litiges*

In Deutschland und in Frankreich werden Bagatellverfahren vorrangig durch besonders niedrige Streitwerte von anderen Verfahren abgegrenzt. Die für den Bagatellbereich gültigen Streitwerte in Deutschland und Frankreich weisen jedoch größere Unterschiede auf. Unter Bagatellverfahren versteht man im deutschen Recht zumeist Verfahren, die dem Anwendungsbereich des § 495a ZPO unterfallen, d.h. Zuständigkeitsstreitwerte unter 600 €. In Frankreich hingegen sind in so genannten *petits litiges* für Verfahren, in denen die so genannte *déclaration au greffe* zulässig ist, Sonderregeln definiert. Hiervon sind Streitwerte bis zu 4.000 € erfasst. Schon diese großen Unterschiede der als Bagatellen definierten Streitwerte zwischen deutschem und französischem Recht zeigen die Schwierigkeiten einer am Streitwert orientierten Definition von Bagatellverfahren. Hinzu kommt, dass Rechtssachen nicht zwingend dadurch rechtlich einfacher werden, dass sie sich in einem bestimmten Streitwertbereich abspielen.⁹

Mais de quoi s'agit-il exactement quand on parle des petits litiges et quelles sont leurs particularités ? En France et en Allemagne les petits litiges se différencient des autres procédures notamment par leur faible valeur. Même s'il est douteux qu'une

⁹ So bereits Zwickel, Bürgernahe Ziviljustiz: Die französische juridiction de proximité aus deutscher Sicht, 2010, S. 354 f.; Hau, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, RabelsZ 81 (2017), 570 (589).

faible valeur rende une affaire insignifiante, cette distinction sera retenue par la suite. En droit allemand, les petits litiges sont le plus souvent ceux qui relèvent de l'art. 495a ZPO (Code de procédure civile), et qui ont une valeur du litige en dessous de 600 €. En France, les petits litiges sont, en revanche, associés au champ d'application de la déclaration au greffe, c'est à dire aux litiges ayant une valeur ne dépassant pas les 4.000 €. Ces différences importantes entre le droit allemand et le droit français, montrent déjà les difficultés d'une définition des petits litiges. En outre, les litiges ne sont pas nécessairement plus simples lorsqu'ils n'ont qu'une valeur limitée.

Es spricht daher viel dafür, den Anwendungsbereich eines digitalen Bagatellverfahrens nicht an Streitwertgrenzen zu orientieren, sondern für jede Rechtsordnung bestimmte Rechtsstreitigkeiten auszuwählen, die einer einfacheren prozessualen Behandlung besonders zugänglich sind. Zu denken ist dabei insbesondere an hoch standardisierte Fälle,¹⁰ wie sie etwa im Bereich des Verbraucherschutzrechts anzutreffen sind.

Il serait donc pertinent de choisir certains litiges qui sont particulièrement accessibles à un traitement procédural simplifié. En particulier, il convient d'envisager une procédure dématérialisée pour les contentieux de masse tels que ceux que l'on trouve dans le domaine de la législation relative à la protection des consommateurs.

2. Besonderheiten und Bedeutung von Bagatellverfahren/ *Les particularités des procédures des petits litiges*

In Deutschland und in Frankreich ist eine Sonderbehandlung von Bagatellstreitigkeiten bereits jetzt Realität. Dabei lässt sich hinterfragen, weshalb ausgerechnet Verfahren von geringer wirtschaftlicher Bedeutung einer Sonderbehandlung zugeführt werden sollen.

¹⁰ Solche hoch standardisierten Fälle eignen sich gut für eine digitale Streitbeilegung. Sh. hierzu im Detail unten S. 194.

En Allemagne et en France, le principe d'un traitement spécifique pour les petits litiges est déjà une réalité. Néanmoins, on doit se demander pourquoi ces dossiers d'une importance économique limitée devraient faire l'objet d'un traitement spécial.

**a. Status quo in den jeweiligen Rechtsordnungen /
La situation actuelle en France et en Allemagne**

Im deutschen Zivilverfahrensrecht bietet § 495a ZPO¹¹ eine Möglichkeit der vereinfachten Verfahrensgestaltung.¹² Das Amtsgericht kann sein Verfahren „nach billigem Ermessen bestimmen, wenn der Streitwert 600 € nicht übersteigt.“ Die Vorschrift dient gleichermaßen der Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens sowie der Entlastung der Gerichte.¹³ Die Vorschrift ermöglicht dem Richter die Entscheidung, ob er das vereinfachte Verfahren einsetzt und wie das Verfahren ausgestaltet werden soll (doppeltes Ermessen).¹⁴ Bei aller Unklarheit des Rechtsbegriffs „billiges Ermessen“, steht fest, dass der Richter nach § 495a ZPO das Verfahren nicht völlig frei gestalten kann, sondern die rechtsstaatlichen Anforderungen an ein zivilprozessuales Verfahren gleichwohl einhalten muss.¹⁵ Weitgehend zur Disposition des Richters stehen v.a. die §§ 355–455 ZPO.¹⁶ Eine mündliche

¹¹ Eingeführt durch das Rechtspflege-VereinfachungsG vom 17.12.1990, BGBl. I S. 2847.

¹² Zum Bagatellverfahren des § 495a ZPO sh. ausführlich *Arning*, Das Bagatellverfahren im deutschen Zivilprozeßrecht der Neuzeit vor dem Hintergrund der Einführung des Verfahrens nach § 495 a ZPO durch das Rechtspflegevereinfachungsgesetz vom 17.12.1990, 1994; *Kunze*, Das amtsgerichtliche Bagatellverfahren nach § 495a ZPO, 1995; *Heiß*, Verfahrensermessen und Richterrecht im amtsgerichtlichen Bagatellprozess nach § 495a ZPO, in: *Effer-Uhe/Sagan/Deckenbrock et.al.*, Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht, 2014, S. 421 ff.; *Zwickel*, Bürgernahe Ziviljustiz: Die französische jurisdiction de proximité aus deutscher Sicht, 2010, S. 75 ff.

¹³ MüKo ZPO/*Deppenkemper*, 5. Aufl., 2016, § 495a, Rn. 1; Musielak/*Voit/Wittschier*, ZPO, 16. Aufl., 2019, § 495a, Rn. 1.

¹⁴ Musielak/*Voit/Wittschier*, ZPO, 16. Aufl., 2019, § 495a, Rn. 5.

¹⁵ BayVerfGH, NJW-RR 2011, 1211 (1212).

¹⁶ Musielak/*Voit/Wittschier*, ZPO, 16. Aufl., 2019, § 495a, Rn. 6.

Verhandlung hat, gemäß § 495a S. 2 ZPO nur stattzufinden, wenn eine der Parteien dies beantragt. Die ZPO geht also vom Regelfall der Schriftlichkeit aus.¹⁷

En droit allemand de la procédure civile, le § 495a ZPO offre déjà la possibilité d'une procédure simplifiée des petits litiges. Le tribunal d'instance peut déterminer la procédure « à sa discrétion si la valeur litigieuse ne dépasse pas 600 euros ». Cette disposition sert à la fois à simplifier et à accélérer la procédure et à désengorger les tribunaux. Il revient au juge de décider si la procédure simplifiée doit être utilisée et comment elle doit être structurée (« double pouvoir discrétionnaire »). Bien que le § 495a ZPO reconnaisse au juge un « pouvoir discrétionnaire équitable (billiges Ermessen) », celui-ci n'est pas totalement libre dans le choix de la procédure; il doit néanmoins respecter les exigences constitutionnelles d'une procédure civile. La ZPO part du principe d'une procédure écrite, car selon le § 495a phr. 2, la procédure orale ne doit avoir lieu que si l'une des parties la demande.

Mit dem Verfahren vor dem *tribunal d'instance* (Art. 827 ff. *Code de procédure civile* – CPC) kennt auch das französische Zivilprozessrecht ein spezifisches Verfahren für Bagatellstreitigkeiten. Das Verfahren hat der französische Gesetzgeber aber selbst besonders ausgestaltet, ohne dem Richter ein diesbezügliches Ermessen einzuräumen. Hauptbesonderheit des Verfahrens vor dem *tribunal d'instance* sind die vereinfachte Klageeinreichungsmöglichkeit durch *déclaration en greffe* (Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle), *requête conjointe* und *présentation volontaire* sowie die besondere gesetzgeberische Hervorhebung der richterlichen Schlichtungsaufgabe. Im Übrigen weist das Verfahren wenige Besonderheiten im Vergleich zum herkömmlichen Zivilprozess auf.

¹⁷ Zum Antrag auf mündliche Verhandlung sh. *Thum*, Der Antrag auf mündliche Verhandlung im Verfahren nach billigem Ermessen, NJW 2014, 3198.

Dans le cadre de la procédure devant le tribunal d'instance (art. 827 et suivants du Code de procédure civile), le droit français de la procédure civile dispose également d'une procédure spécifique pour les litiges de faible valeur. Toutefois, c'est le législateur français lui-même qui a conçu cette procédure sans accorder au juge un quelconque pouvoir d'appréciation à cet égard. La principale particularité de la procédure devant le tribunal d'instance est la possibilité d'introduire l'instance par déclaration au greffe, par requête conjointe ou par présentation volontaire, ainsi que par l'importance particulière de la conciliation judiciaire. Par ailleurs, la procédure présente peu de particularités par rapport à la procédure civile ordinaire.

b. Rechtspolitische und empirische Bedeutung von Bagatellverfahren / *L'importance juridique et empirique des procédures des petits litiges*

Wie jedes andere gerichtliche Verfahren auch, unterliegen die Verfahren in Bagatellsachen einer gesetzgeberischen Abwägung zwischen effizienter Verfahrensdurchführung und der möglichst umfassenden Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes.¹⁸ Für Bagatellverfahren ist dabei besonders zu berücksichtigen, dass es sich vielfach um Verfahren handelt, die für das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Justiz von zentraler Bedeutung sind. Gerade in Bagatellverfahren haben die Parteien oft den Erstkontakt mit der staatlichen Justiz.¹⁹ Zudem erweist sich am Umgang mit Massenverfahren im Bagatellbereich in besonders intensivem Maße die Leistungsfähigkeit des Rechtsstaats. Kläger bzw. Beklagte, die in solchen Verfahren die Erfahrung

¹⁸ *Hau*, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (588); zum Ganzen sh. *Kramer/Kakiuchi*, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity – General report for the XVth World Congress of Procedural Law, in: *Pekcanitez/Bolayir/Simil* (Hrsg.), XVth International Association of Procedural Law World Congress, 2016, S. 121 ff.

¹⁹ *Fasching*, Small claim courts, in: *Jelinek/Böhm/Konecny/Buchegger* (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, 1993, S. 461 (462).

machen müssen, ihr Begehren werde nicht gehört oder in angemessener Zeit erledigt, sind mit hoher Wahrscheinlichkeit geneigt, sich von der Justiz abzuwenden und künftig andere Wege zu gehen.

Les procédures des petits litiges font l'objet d'un équilibre législatif entre l'efficacité de la procédure et un accès facilité à la justice. Il convient de souligner que les procédures des petits litiges revêtent une importance capitale pour la confiance des citoyens dans le système judiciaire. Dans le domaine des petites créances en particulier, c'est souvent par ces procédures que les parties entrent en contact pour la première fois avec le pouvoir judiciaire de l'État. Les demandeurs ou les défendeurs qui se rendent compte que dans le cadre d'une telle procédure leur requête ne sera pas entendue ou ne sera pas traitée dans un délai raisonnable se détourneront très probablement du système judiciaire et trouveront d'autres chemins à l'avenir.

Auch zahlenmäßig sind Verfahren im Bagatellbereich für die deutsche und die französische Justiz alles andere als unbedeutend. Vor den deutschen Amtsgerichten wurden 2017 in 29,2 % der Fälle Streitsachen mit Streitwerten bis 500 € und in 18,6 % der Fälle Streitsachen mit Streitwerten von 500 bis 1.000 € erledigt. 47,8 % der Fälle betrafen damit Streitwerte unter 1.000 €. ²⁰ In Frankreich kam es 2017 zu 639.394 Neueingängen bei den *tribunaux d'instance* und 888.767 Neueingängen bei den *tribunaux de grande instance*. 41,8 % der Neueingänge entfallen damit auf das als besonders bürgernah geltende *tribunal d'instance*. Eine genauere Aufteilung nach Streitwerten lässt sich der amtlichen französischen Justizstatistik nicht unmittelbar entnehmen. Klarer wird die große Bedeutung von Bagatellverfahren für den französischen Zivilprozess aber, wenn man die bis zu einem Streitwert von 4.000 € zuständige, aber bereits 2017 abge-

²⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege – Zivilgerichte, Fachserie 10, Reihe 2.1 (2017), 2018, S. 11.

schaffte *juridiction de proximité* mit einbezieht. Auf diese entfielen 2016 78.754 neue Streitige Verfahren und 176.326 neue Mahnverfahren (*injonctions de payer*).

En termes de chiffres, les procédures relatives aux petites créances sont significatives pour l'activité des tribunaux allemands et français. En 2017, 29,2 % des affaires portées devant les tribunaux d'instance allemands (Amtsgerichte) concernaient des litiges d'une valeur maximale de 500 € et 18,6 % des litiges d'une valeur comprise entre 500 € et 1000 €. 47,8 % des cas concernés représentent des montants litigieux inférieurs à 1.000 €. En France, 639394 nouvelles affaires ont été portées devant les tribunaux d'instance et 888767 nouvelles affaires devant les tribunaux de grande instance en 2017. 41,8 % des nouveaux dossiers sont ainsi attribués au tribunal d'instance. L'importance de la procédure des petits litiges pour les juridictions civiles françaises devient encore plus évidente si l'on tient compte de la juridiction de proximité, qui connaît des litiges d'une valeur jusqu'à 4000 €, mais qui a été supprimée en 2017. Encore en 2016, 78754 nouvelles procédures ordinaires et 176326 nouvelles procédures d'injonction de payer y étaient recensées.

Insgesamt spricht daher viel dafür, gerade in Bagatellfällen besondere Verfahrensmodalitäten vorzusehen. Die Notwendigkeit einer Sonderbehandlung von Bagatellstreitigkeiten bestätigen darüber hinaus auch rechtsvergleichende Blicke in andere Länder Europas²¹ und der Welt.²² Besonders deutlich wird ein

²¹ Dies zeigt bereits ein Blick in den europäischen Justizatlas (https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-297-de.do, zuletzt abgerufen am 20.08.2019). Fast alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben ein solches Bagatellverfahren, sei es schriftlich oder mündlich ausgestaltet, eingerichtet.

²² Auch in anderen Teilen der Welt existieren Sondergerichte bzw. Sonderverfahren für Bagatellstreitigkeiten. Für einen rechtsvergleichenden Einblick siehe nur *Hau*, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570-607 und *Kramer/Kakiuchi*, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity – General report for the XVth World Congress of Procedural Law, in:

solcher Bedarf aber bei näherer Betrachtung der nachfolgenden Besonderheiten von Bagatellverfahren.

Par conséquent, il y a de bonnes raisons pour soumettre les petits litiges à des modalités procédurales spécifiques. La nécessité d'un traitement spécifique pour les petits litiges est également confirmée par des études juridiques comparatives d'autres pays en Europe et dans le monde. Un examen plus approfondi des particularités de la procédure relative aux petits litiges fait apparaître ce besoin de manière particulièrement évidente.

**c. Besonderheiten und Notwendigkeit eines digitalen Bagatellverfahrens in Zeiten des Wandels /
*Les particularités et la nécessité d'une procédure des petits litiges***

Bagatellstreitigkeiten weisen, über ihre rechtspolitische und zahlenmäßige Bedeutung hinaus, mehrere Besonderheiten auf. Die nachstehenden Ausführungen zeigen, dass moderne Digitaltechnik optimal dafür geeignet ist, diesen Besonderheiten von Bagatellverfahren schnell, kostengünstig und zukunftsfähig zu begegnen.

Les petits litiges présentent plusieurs particularités. Les développements qui suivent montrent que la technologie numérique moderne est parfaitement adaptée pour tenir compte de ces particularités, et ce rapidement, à moindre coût et dans une perspective résolument tournée vers l'avenir.

Pekcanitez/Bolayir/Simil (Hrsg.), XVth International Association of Procedural Law World Congress, 2016, S. 121 ff.

aa. Strukturiertheit von Bagatellstreitigkeiten und Digitaltechnik / *La structuration des petits litiges et de la technologie numérique*

In Zusammenhang mit der Streitbeilegung durch *Legal Tech* wird immer wieder davon gesprochen, sie biete sich insbesondere in besonders strukturierten Rechtsgebieten an.²³ Nicht ohne Grund beschränken sich *Legal-Tech*-Angebote zur Streitbeilegung heutzutage vielfach auf Standardfälle wie z.B. Miethöhe,²⁴ Fluggastrechte,²⁵ etc., die leicht auf Basis juristischer Strukturbäume abzuarbeiten sind.²⁶ Digitaler Code ist, wie die in diesen Fällen dahinterstehenden Rechtsprobleme auch, hochgradig strukturiert.²⁷

En ce qui concerne le règlement des litiges par les Legal Techs, il est souvent dit que ces services sont surtout adaptés à des domaines du droit bien structurés. C'est la raison pour laquelle les services de règlement des litiges des Legal Techs se limitent pour l'heure souvent à des cas standardisés tels que le contentieux des niveaux de loyers ou des droits des passagers. En effet, le « code numérique » est aussi structuré que les problèmes de droit dans les cas mentionnés.

Vielfach bestehen Bagatellstreitigkeiten aus derartig einfach gelagerten Standardfällen, so dass ein Technikeinsatz in Bagatellsachen besonders nutzbringend sein kann. Der deutsche Gesetzgeber hat dies, mit der Schaffung des elektronischen Mahnverfahrens, bereits zu früheren Zeitpunkten erkannt und

²³ Herberger/Köbler, Und es geht doch: Strukturierter Parteivortrag - Werkstattbericht Nr. 2, AnwBl. 2019, 351.

²⁴ www.wenigermiete.de, zuletzt abgerufen am 18.08.2019.

²⁵ www.fliightright.de, zuletzt abgerufen am 18.08.2019.

²⁶ Zu Schwierigkeiten in komplexeren Bereichen, wie der Aufarbeitung des VW-Abgasskandals, sh. Budras, VW-Skandal wird zum Albtraum für Richter und Kläger, F.A.Z Einspruch, 07.08.2019.

²⁷ Zum Problem der Übersetzung des Rechtsanwendungsvorgangs in Computersprache sh. Buchholtz, Legal Tech – Chancen und Risiken der digitalen Rechtsanwendung, JuS 2017, 955 (956).

erfolgreich umgesetzt.²⁸ Auch in das französische Recht soll demnächst ein rein elektronisch ablaufendes Mahnverfahren Einzug halten.²⁹

Dans de nombreux cas, les petits litiges constituent des cas standardisés. Par conséquent l'utilisation de la technologie dans ces cas peut être particulièrement utile. Avec la création de la procédure d'injonction de payer électronique, le législateur allemand l'a reconnue très tôt et l'a mise en œuvre avec succès. Une procédure d'injonction de payer purement numérique sera également introduite prochainement en droit français.

Ein beschleunigtes Onlineverfahren wäre nurmehr eine Ausweitung der existenten Online-Mahnverfahren. Auf entsprechende Erfahrungen kann also zurückgegriffen werden. Digitale Instrumente eignen sich mithin ganz besonders für einen Einsatz in Bagatellsachen, da feststehende rechtliche Strukturen mit digitalen Codestrukturen gut kompatibel sind.

Une procédure en ligne accélérée ne serait en réalité qu'une extension des procédures d'injonction de payer numériques existantes. Cela signifie qu'il est possible de s'appuyer sur une expérience donnée.

Les instruments numériques sont particulièrement adaptés à l'utilisation dans les petits litiges, car les structures juridiques fixes sont bien compatibles avec les structures des codes numériques.

²⁸ Sujecki, Das Online-Mahnverfahren, MMR 2006, 369.

²⁹ Art. 26 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2.

bb. Digitaler Kampf gegen das „rationale Desinteresse“/ *Le combat numérique contre le « désintéret rationnel »*

Bagatellverfahren gelangen vielfach gar nicht vor die Gerichte. Ein Grund hierfür ist das so genannte „rationale Desinteresse“ von Verbrauchern.³⁰ Das bedeutet, dass Verbraucher bis zu einer bestimmten Schwelle einen Rechtsstreit scheuen. Sie verzichten dann lieber auf die Durchsetzung eigentlich berechtigter Ansprüche als vor Gericht zu ziehen. Studien in Deutschland haben ergeben, dass Bürger erst ab einem Streitwert von 1.950 € bereit sind, vor Gericht zu ziehen.³¹

Souvent, les petits litiges ne sont pas portées devant les tribunaux. L'une des raisons tient au « désintéret rationnel » des consommateurs. Cela signifie que les consommateurs évitent les litiges en dessous d'un certain seuil. Ils préfèrent renoncer à faire valoir des demandes justifiées plutôt que de s'adresser aux tribunaux. Par exemple en Allemagne, des études ont montré que les citoyens n'intenteraient une action en justice que pour un litige dont l'enjeu est égal ou supérieur à 1950 €.

Ein anderer Grund ist möglicherweise das Ausweichen auf andere Möglichkeiten der Streitbeilegung. Viele kleine Rechtsstreitigkeiten werden in Systemen des (internen) Beschwerdemanagements³² schnell, kostengünstig und oft auch gerecht von Unternehmen selbst erledigt. Ein Beispiel hierfür ist die *Paypal*-Konfliktlösung,³³ die vorrangig Kunden der *ebay*-Plattform eine unkomplizierte Streitbeilegungsmöglichkeit auf Basis einer sog.

³⁰ Sh. hierzu ausführlich Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, S. 57 ff.

³¹ Vgl. Roland Rechtsreport 2014, S. 36, 37, https://www.roland-rechtsschutz.de/unternehmen/presse_2/publikationen/publikationen.html, zuletzt abgerufen am 06.08.2019.

³² *Meller-Hannich/Nöhre*, Aktuelle Herausforderungen an die gerichtliche und außergerichtliche Rechtsdurchsetzung, NJW 2019, 2522.

³³ <https://www.paypal.com/de/webapps/mpp/resolution-help>, zuletzt abgerufen am 26.08.2019.

Käuferschutzrichtlinie bietet.³⁴ Darüber hinaus geht das Angebot von Legal-Tech-Portalen wie etwa *flightright*, *myright* oder *wenigermiete.de*, über Individualansprüche in bestimmten Rechtsbereichen zu informieren, sich die Ansprüche abtreten zu lassen und diese ggf. auch gerichtlich geltend zu machen. Wenn auch geringe Relevanz³⁵ im Bagatellbereich entfaltet auch die Verbraucherschlichtung nach dem VSBG³⁶ mit der Möglichkeit, einen sog. Online-Schlichter anzurufen. Auch wenn die genauen Ursachen für die rückläufigen Eingangszahlen im Bereich der staatlichen Justiz weiter unklar sind³⁷ und sich der Rückgang der Eingangszahlen durch Alternativen zur staatlichen Justiz nicht gänzlich erklären lässt,³⁸ ist davon auszugehen, dass internes Beschwerdemanagement, *Legal Tech*-Angebote und Verbraucherschlichtung zu größeren Umwälzeffekten weg von der staatlichen Gerichtsbarkeit führen.³⁹ Angesichts der in Deutschland

³⁴ <https://www.verbraucherstreitbeilegung.de/schlichtung-paypal-konfliktloesung-kaeuferschutz>, zuletzt abgerufen am 26.08.2019.

³⁵ <https://www.schlichtungs-forum.de/neuigkeiten/verbraucherschlichtung-schwaechelt-ausser-beim-luftverkehr>, zuletzt abgerufen am 26.08.2019.

³⁶ Verbraucherstreitbeilegungsgesetz vom 19. Februar 2016 (BGBl. I S. 254, 1039).

³⁷ Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz schreibt hierzu in Kürze eine Studie aus: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/justizklage-rueckgang-studie-bmjv-zivil-gericht-rechtsschutz-zugang-zum-recht/>, zuletzt abgerufen am 18.08.2019.

³⁸ *Prütting*, Rückgang der Klageeingangszahlen bei den staatlichen Gerichten, DRiZ 2018, 62 (64).

³⁹ In diese Richtung *Rott*, Legal Tech aus Verbraucherperspektive in: Blocher/Heckmann/Zech (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2016, 1. Aufl., 2017, Rn. 13: „Für den Verbraucher erschließt sich damit ein weiterer Weg des Zugangs zum Recht gerade im Bereich kleiner und mittlerer Forderungen.“; *Meller-Hannich/Nöhre*, Aktuelle Herausforderungen an die gerichtliche und außergerichtliche Rechtsdurchsetzung, NJW 2019, 2522.

(im Vergleich zu Frankreich) stark rückläufigen Eingangszahlen⁴⁰ spricht viel dafür, dass sich die Justiz mit dem digitalen Instrument des Online-Bagatellverfahrens experimentell einen Teil der Rechtsstreitigkeiten wieder zurückholt.⁴¹ Die zutreffende Tatsache, dass eine Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vielfach von den Gesetzgebern ausdrücklich intendiert war, spricht nicht zwingend gegen die Schaffung entsprechender gerichtsseitiger Angebote. Erstens kann die außergerichtliche Streitbeilegung dem gerichtlichen Verfahren vorgeschaltet werden. Zweitens stellt die Parallelität außergerichtlicher *Legal Tech*-Angebote und entsprechender gerichtlicher Konfliktlösungsmechanismen die im Vergleich zu einer *Legal Tech*-Regulierung möglicherweise weniger belastende Lösung dar. Drittens kann nur die staatliche Justiz die Gewähr bieten, den Rechtsstreit ausschließlich anhand des geltenden materiellen Rechts beizulegen, denn mit der Nutzung eines außergerichtlichen Rechtsdienstleistungsangebots geht regelmäßig der Verzicht auf einen Teil der Anspruchsposition zugunsten des Rechtsdienstleisters einher.

Une autre raison peut être le recours à d'autres modes de règlement des différends. Dans les systèmes (internes) de règlement des litiges, de nombreux petits litiges sont réglés rapidement, de façon rentable et souvent équitable par les entreprises elles-mêmes. La solution de conflit « Paypal » en est un exemple : Paypal offre en premier lieu aux clients de la plate-forme ebay une possibilité simple de règlement des litiges sur la base d'une direc-

⁴⁰ In Deutschland gingen zwischen 2000 und 2017 die Eingangszahlen der deutschen Amtsgerichte um 35,48 % zurück. Für das französische *tribunal d'instance* lässt sich ein Rückgang erst seit 2010 und in einem vergleichsweise geringen Umfang von 9,42 % nachweisen.

⁴¹ Länderarbeitsgruppe: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe: TOP I.11, Legal Tech, Herausforderungen für die Justiz, S. 97 (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPI_11_Abschlussbericht.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2019).

tive dite de protection des acheteurs. En outre, des portails juridiques sur internet tels que *flightright*, *myright* ou *weniger-miete.de* (*Legal Techs*) fournissent des informations sur certaines situations juridiques, se font céder les droits respectifs et, si nécessaire, les font valoir devant les tribunaux. Même si les causes exactes de la diminution du nombre de nouvelles affaires devant les juridictions étatiques en Allemagne demeurent incertaines et même si cette diminution de contentieux ne peut être entièrement expliquée par l'activité d'autres acteurs de règlement des différends, on peut supposer que les alternatives à la justice étatique (notamment les *Legal Techs*) aient des effets importants en la matière. On peut donc penser que la justice étatique devrait également utiliser les instruments numériques pour récupérer certains des litiges qui lui échappent actuellement.

Le fait que la promotion des MARD a souvent été expressément voulue par le législateur ne va pas nécessairement à l'encontre de la création de nouvelles voies judiciaires. Premièrement, la résolution extrajudiciaire des litiges peut être utilisée comme préalable à une procédure judiciaire. Deuxièmement, la coexistence des services extrajudiciaires des *Legal Techs* et des mécanismes judiciaires de résolution des conflits pourrait être la solution la moins lourde en comparaison avec une régulation par les seuls *Legal Techs*. Troisièmement, seul le pouvoir judiciaire de l'État peut garantir que le litige soit réglé sur la base du seul droit matériel applicable, puisque le recours à un service juridique extrajudiciaire implique généralement la renonciation à une partie de la créance en faveur du prestataire de services juridiques.

cc. **Fehlende Sprachgewandtheit der Parteien und digitale Kompensationsmöglichkeiten /
Le manque d'éloquence des parties et la capacité de compensation numérique**

Vielfach sind die Parteien in Bagatellverfahren nicht besonders sprachgewandt. Dies gilt vor allem für das Erstellen von Schriftsätzen. So bereitet etwa das vielfach gewählte rein schriftliche

Verfahren im Rahmen des deutschen § 495a ZPO vielen nicht anwaltlich vertretenen Parteien Probleme.⁴² Der Grundsatz der Mündlichkeit hat daher für Bagatellverfahren ggf. eine größere Bedeutung als im Anwaltsprozess.

Dans de nombreux cas, les parties d'une procédure des petits litiges ne savent pas très bien comment s'exprimer dans le procès. Cela vaut en particulier pour la rédaction des actes de procédure. C'est la raison pour laquelle la procédure purement écrite, souvent choisie dans le cadre du § 495a ZPO, pose des problèmes à de nombreuses parties. Le principe de l'oralité a donc une importance particulière dans les procédures relatives aux petits litiges.

Abfangen lassen sich Probleme, die sich vermeintlich, aufgrund des Fehlens einer mündlichen Verhandlung, in einem Online-Verfahren noch stärker als in einem herkömmlichen (schriftlichen) Zivilverfahren stellen, durch neuartige digitale Hilfsmittel wie Chatbots, Eingabehilfen zu Formularen und nicht zuletzt durch Videokonferenztechnik, die Sitzungssäle längerfristig zum Teil entbehrlich machen könnten.

Ces problèmes se manifestent encore plus dans les procédures en ligne que dans les procédures civiles conventionnelles (écrites). Toutefois, de nouveaux moyens numériques tels que les chatbots, les aides à la saisie des formulaires et, surtout, la visioconférence peuvent pallier ces lacunes.

Zudem sind Schwierigkeiten mit der Schriftsprache, die im klassischen Bagatellverfahren vielfach von großer Bedeutung sind, in einem entsprechend gestalteten Online-Bagatellverfahren von geringerer Relevanz. Die Bürgerinnen und Bürger sind es nämlich aus vielen Bereichen des täglichen Lebens gewohnt, online zu kommunizieren und elektronische Bestellungen aufzugeben, im Internet Reisen zu buchen und eine elektronische

⁴² Rottleuthner, Umbau des Rechtsstaats? - Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatellverfahren - Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung zur Praxis von § 495a ZPO, NJW 1996, 2473 (2475).

Steuererklärung abzugeben. Bei entsprechender Gestaltung eines Online-Verfahrens würde die Justiz quasi in der digitalen Alltagssprache mit Bürgerinnen und Bürgern kommunizieren.

En outre, les difficultés résultant de la langue écrite, qui sont souvent d'une grande importance dans la procédure classique (non-numérique), sont moins importantes dans une procédure de règlement des petits litiges en ligne. Les citoyens sont habitués à communiquer en ligne dans de nombreux domaines de la vie quotidienne. Ils passent des commandes électroniques, ils réservent des voyages sur Internet et ils remplissent une déclaration de revenus électronique. Dans le cadre des procédures des petits litiges en ligne, l'appareil judiciaire serait en mesure de communiquer avec les citoyens dans un « langage numérique courant ».

Ein digitales Onlineverfahren müsste daher sowohl auf die größere Bedeutung der Mündlichkeit als auch auf die Online-Nutzungsgewohnheiten der Bürgerinnen und Bürger reagieren.

Une telle procédure numérique en ligne devrait donc répondre à la fois à l'importance accrue de la communication orale et aux habitudes d'utilisation d'internet des citoyens.

dd. Fehlende Rechtskenntnisse der Parteien und deren digitale Vermittlung / *Le manque de connaissance juridique des parties et de leur intermédiation numérique*

Nicht anwaltlich vertretene Parteien haben in aller Regel keine oder nur geringfügigen Rechtskenntnisse. Im künftigen, digitalisierten Anwaltsprozess soll davon ausgegangen werden, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bestimmte Arbeitswerkzeuge, wie z.B. Instrumente der elektronischen Justizkommunikation, perfekt beherrschen und Schriftsätze etwa nach rechtlichen Argumenten strukturieren können. Für nicht anwaltlich vertretene Parteien ist dies nicht der Fall. Man wird ihnen daher auch nicht aufgeben können, einen Schriftsatz nach Anspruchsgrundlagen aufzubauen.

En général, les parties non représentées par un avocat ont peu ou pas de connaissances juridiques. Il ne sera donc pas possible de les obliger à structurer leurs écrits en fonction du fondement juridique de leur demande.

Digitale Instrumente können aber sowohl Rechtskenntnisse vermitteln als auch rechtliche Informationen in strukturierter Form abfragen, so dass sich mittels moderner Digitaltechnik die Problematik der fehlenden Rechtskenntnisse sehr gut abfedern lässt. Zur Illustration sollen hier zwei Beispiele dienen: Beim *Civil Resolution Tribunal* der kanadischen Provinz *British Columbia*⁴³ bietet ein sog. *Solution Explorer* zunächst kostenfreie Rechtsinformationen, ehe auf dem gleichen Portal ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden kann. Die Internetseite *litige.fr*⁴⁴ bietet für bestimmte Streitgegenstände eine formularmäßige Erfassung der für die Erstellung einer Klageschrift erforderlichen Angaben an und stellt diese, in einem letzten Schritt, zu einem einreichbaren prozessualen Antrag zusammen. Aufgrund der ausführlichen Beschreibung in Kombination mit den entsprechenden Hintergrundinformationen erweisen sich fehlende Rechtskenntnisse als weitgehend unproblematisch.

Toutefois, les instruments numériques peuvent à la fois délivrer et collecter des informations sous une forme structurée. Ainsi, la technologie numérique moderne peut très bien compenser le manque de connaissances juridiques.

Deux exemples peuvent illustrer cette situation : Au Civil Resolution Tribunal de la province canadienne de la Colombie-Britannique, un « exploreur de solutions » (Solution Explorer) offre des informations juridiques gratuites avant que la demande en justice ne puisse être introduite sur le même portail. De même, le

⁴³ <https://civilresolutionbc.ca/>, zuletzt abgerufen am 19.08.2019; sh. hierzu im Detail *Susskind*, *Online Courts and the Future of Justice*, 2019, S. 98 ff.

⁴⁴ <https://www.litige.fr/>, zuletzt abgerufen am 19.08.2019.

site litige.fr propose un recueil formalisé d'informations nécessaires à l'élaboration d'une requête pour certaines matières litigieuses. Dans une dernière étape, elle réunit toutes les informations dans une requête qui peut être déposée. Par conséquent le manque des connaissances juridiques est en grande partie indifférent dans une procédure numérique si celle-ci reflète l'état actuel de la technique.

ee. Besondere Bedeutung der einvernehmlichen Streitbeilegung und deren digitale Unterstützbarkeit / L'importance particulière du règlement consensuel des différends et de la prise en charge numérique

Für Bagatellstreitigkeiten ist einvernehmliche Streitbeilegung schon deshalb von besonderer Relevanz, weil hierdurch vielfach aufwändige gerichtliche Verfahren entfallen können.⁴⁵ Die Bereitschaft der Parteien, einen Rechtsstreit in einer Bagatellsache einvernehmlich beizulegen, dürfte, jedenfalls bei rationaler Betrachtung, deutlich größer sein als in anderen Rechtsstreitigkeiten.⁴⁶ Die Gesetzgeber Deutschlands und Frankreichs haben hierauf teils durch obligatorische Vorschaltung einer einvernehmlichen Streitbeilegung, teils durch fakultativen Einbau derselben in das gerichtliche Verfahren reagiert. Aktuell ist in Deutschland und Frankreich, für bestimmte Bereiche, ein vorheriger außergerichtlicher Schlichtungsversuch zwingend. Im deutschen Recht sieht § 15a EGZPO vor, dass die Zulässigkeit einer Klage durch Landesgesetz, für bestimmte, abschließend

⁴⁵ Für die Annahme, Parteien von Bagatellverfahren seien eher zu einvernehmlicher Streitbeilegung bereit, gibt es indes keine verlässlichen Anhaltspunkte.

⁴⁶ *Fasching*, Small claim courts, in: Jelinek/Böhm/Konecny/Buchegger (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, 1993, S. 461 (463); kritisch hierzu *Hau*, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (590) mit Verweis auf niedrige Vergleichsquoten im deutschen Verfahren nach § 495a ZPO, die aber auch am zu wenig vom Regelverfahren abweichenden Konzept des § 495a ZPO liegen können.

aufgezählte Rechtsstreitigkeiten,⁴⁷ von einem Versuch der einvernehmlichen Streitbeilegung abhängig gemacht werden kann. In Frankreich ist seit dem 18.11.2016 für Verfahren im Anwendungsbereich der *déclaration en greffe*, d.h. bei Streitwerten bis 4.000 €, ein Schlichtungsversuch vor einem *conciliateur de justice* vorgeschrieben.⁴⁸ Ins deutsche gerichtliche Bagatellverfahren ist, nach § 495a ZPO soweit nicht schriftlich verhandelt wird,⁴⁹ eine obligatorische Güteverhandlung (§ 278 II 1 ZPO) integriert, die der mündlichen Verhandlung vorausgeht. Das französische Zivilprozessrecht enthält mit den Art. 830 ff. CPC ebenfalls ein ganzes Kapitel mit Bestimmungen zu einer (fakultativen) Schlichtungsphase vor einer Verhandlung vor dem *tribunal d'instance*.

Pour les petits litiges, le règlement amiable des différends revêt une importance particulière car les parties évitent ainsi de recourir à des procès coûteux. La volonté des parties de régler un différend relatif à un petit litige à l'amiable est souvent bien plus grande que dans d'autres différends. Les législateurs allemand et français ont imposé un règlement consensuel préalable au litige ou ont intégré des modes alternatifs de règlement des différends dans la procédure civile.

In einem digitalen Verfahren könnte der einvernehmlichen Streitbeilegung sogar noch größere Bedeutung zukommen, denn die Möglichkeiten der *Online-Dispute-Resolution (ODR)*

⁴⁷ Zulässig ist dies für vermögensrechtliche Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 750 € nicht übersteigt, für Streitigkeiten aus dem Nachbarrecht, für Streitigkeiten über Ansprüche wegen der Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind sowie für Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§ 15a Abs. 1 EGZPO).

⁴⁸ Für Einzelheiten sh. *Zwickel*, Die Einführung der obligatorischen Schlichtung in Frankreich, ZEuP 2018, 416.

⁴⁹ *Zöller/Geiger*, ZPO, 32. Aufl., 2018, § 278 Rn. 8.

durch private Anbieter⁵⁰ oder auch staatliche Gerichte⁵¹ haben in den letzten Jahren beträchtlich zugenommen.⁵² Gefördert wird diese Tendenz nicht zuletzt auch durch den EU-Gesetzgeber, der die Online-Streitbeilegung durch ADR-Richtlinie⁵³ und ODR-Verordnung⁵⁴ stark vorangetrieben hat. In Überlegungen zu einem Online-Bagatellverfahren sind daher zwingend auch ODR-Mechanismen einzubauen.

Dans une procédure numérique, une résolution des litiges à l'amiable pourrait, dans l'avenir, devenir encore plus importante. Les possibilités de résolution des litiges en ligne par des prestataires privés ou par les tribunaux étatiques ont considérablement augmenté ces dernières années, sous l'impulsion du législateur européen qui a encouragé le règlement des litiges en ligne par le biais des directives et des règlements.

⁵⁰ Sh. die Liste der Anbieter unter <http://odr.info/provider-list/>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019.

⁵¹ Die Liste unter <http://odr.info/courts-using-odr/>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019, weist derzeit schon 49 (meist US-amerikanische) Gerichte aus, die ODR einsetzen.

⁵² Mania, Online dispute resolution – The future of justice, International comparative justice 1 (2015), 76 ff.; Braegelmann, Online-Streitbeilegung, in: Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, 2018, S. 215 (217) mit weiteren Beispielen.

⁵³ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 165 vom 18.06.2013, S. 63-79.

⁵⁴ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 165 vom 18.06.2013, S. 1-12.

ff. Besonderer Bedarf an einem beschleunigten Verfahren in Bagatellsachen und die Geschwindigkeit digitaler Verfahren / *La nécessité d'une procédure accélérée pour les petits litiges et la rapidité des procédures numériques*

Geringfügige Streitigkeiten weisen ein besonderes Bedürfnis an schneller Erledigung auf. Gerade bei besonders langen Verfahrensdauern wirkt sich das o.g. „rationale Desinteresse“ besonders nachteilig, zumeist zu Lasten der Kläger, aus.⁵⁵ Digitaltechnik hat aber den Vorteil, dass sie, durch Standardisierung und Automatisierung,⁵⁶ oftmals in der Lage ist, deutlich schneller zu agieren. Der Einsatz moderner Digitaltechnik lässt daher, für Bagatellverfahren, eine deutliche Beschleunigung erwarten.

Surtout dans le cas des petits litiges, il y a un besoin particulier de les résoudre le plus vite possible. Dans le cas de procédures particulièrement longues, le « désintéret rationnel » est particulièrement préjudiciable, généralement au détriment du plaignant. Cependant, la technologie numérique présente l'avantage de pouvoir intervenir beaucoup plus rapidement grâce à la standardisation et à l'automatisation. On peut donc s'attendre une accélération significative des procédures relatives aux petites litiges.

Die vorstehenden Ausführungen haben einerseits gezeigt, dass Bagatellverfahren große Besonderheiten aufweisen, die die Justiz berücksichtigen sollte. In Zeiten des Wandels bietet sich zudem die Nutzung digitaler Technik geradezu für ein Online-Bagatellverfahren an, decken sich doch die Vorteile moderner Digitaltechnik in besonders hohem Maße mit den Besonderheiten von Bagatellverfahren.

⁵⁵ Zu diesem zeitlichen Moment instruktiv *Budras*, VW-Skandal wird zum Albtraum für Richter und Kläger, F.A.Z Einspruch, 07.08.2019.

⁵⁶ Zu dieser „Industrialisierung juristischer Arbeit“ *Breidenbach/Glatz*, Einführung, in: *Breidenbach/Glatz*, Rechtshandbuch *Legal Tech*, 1. Aufl., 2018, S. 2.

Les remarques qui précèdent ont montré que les petits litiges présentent de grandes particularités dont le pouvoir judiciaire devrait tenir compte. A une époque de grands changements, l'utilisation de la technologie numérique est une option pertinente pour une procédure numérique des petits litiges. Les avantages de la technologie numérique moderne coïncident tout particulièrement avec les caractéristiques des procédures des petits litiges.

II. Kriterien einer bürgernahen Ziviljustiz / Critères d'une justice civile de proximité

Nach den bisherigen Ausführungen spricht viel dafür, sich die Vorteile moderner Digitaltechnik unter dem Motto „Was Legal-Tech-Anbieter können, kann die Justiz auch.“ zu Nutze zu machen. Entscheidend für die Entwicklung eines neuen Online-Bagatellverfahrens können dabei, aus juristischer Sicht, weder ausschließlich dessen technische Umsetzbarkeit,⁵⁷ noch eine Entlastung der Justiz sein. Vielmehr kann das Kriterium der Bürgernähe als Leitlinie für die Gestaltung eines digitalen Bagatellverfahrens herangezogen werden.

D'après ce qui a été dit jusqu'à présent, beaucoup d'arguments militent en faveur d'un recours à la technologie numérique. La devise pourrait être la suivante : « La justice étatique doit également proposer ce que proposent les Legal Techs ». Toutefois, ni la faisabilité technique ni le désengorgement des tribunaux ne devraient être décisifs pour un tel développement. C'est le critère de la proximité de la justice qui peut servir de ligne directrice pour la conception d'une procédure numérique de règlement des petits litiges.

⁵⁷ Zu Zweifeln an der technischen Umsetzbarkeit Länderarbeitsgruppe: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe: TOPI.11, Legal Tech, Herausforderungen für die Justiz, S. 97, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPI_11_Abschlussbericht.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2019.

Kriterien für eine besonders bürgernahe Justiz wurden schon zu einem früheren Zeitpunkt herausgearbeitet:⁵⁸ Erfolgversprechend sind für ein Mehr an Bürgernähe strukturelle Faktoren in Form des Gerichtssystems und der Gerichtsbesetzung, prozessuale Aspekte wie etwa die Schaffung eines eigenen, bürgernahen Verfahrensrechts für die Eingangsgerichte sowie Überlegungen in Bezug auf die Effektivität des Rechtsschutzes.

D'après ce qui a été dit jusqu'à présent, beaucoup d'arguments militent en faveur d'un recours à la technologie numérique. La devise pourrait être la suivante : « La justice étatique doit également proposer ce que proposent les Legal Techs ». Toutefois, ni la faisabilité technique ni le désengorgement des tribunaux ne devraient être décisifs pour un tel développement. C'est le critère de la proximité de la justice qui peut servir de ligne directrice pour la conception d'une procédure numérique de règlement des petits litiges.

III. Ideen für ein bürgernahes digitalisiertes Bagatellverfahren / *Idées pour une procédure dématérialisée des petits litiges*

Aus diesen bisherigen Erkenntnissen lassen sich unschwer Ideen für ein digitalisiertes Small Claims-Verfahren ableiten.

À partir de ces constatations, on peut facilement trouver des idées pour une procédure numérique de règlement des petits litiges.

1. Strukturelle Faktoren / *Les facteurs structurels*

Ein digitales Bagatellverfahren sollte sich zunächst strukturell vom herkömmlichen Verfahren absetzen.

Une procédure numérique des petits litiges devrait tout d'abord être structurellement différente de la procédure ordinaire.

⁵⁸ So bereits Zwickel, Bürgernahe Ziviljustiz: Die französische juridiction de proximité aus deutscher Sicht, 2010, S. 7 ff.

**a. Strukturen von Bagatellverfahren /
*La structuration des procédure des petits litiges***

Im Wesentlichen stehen für Bagatellverfahren drei unterschiedliche Strukturen zur Verfügung:⁵⁹

1. Die wohl umfassendste Möglichkeit, Bagatellverfahren zu erledigen, sind organisatorisch eigenständige Gerichte (*small claims courts*). Ein solches besonders bürgernahes Gericht stellte beispielsweise die französische *juridiction de proximité* dar.⁶⁰
2. Etwas weniger weitgehend ist die Errichtung besonderer Spruchkörper und Verfahren innerhalb der bestehenden Gerichtsorganisation (*small claims tracks*).
3. Am wenigsten weitgehend ist die Möglichkeit, punktuelle Anpassungen des herkömmlichen Verfahrensrechts für bürgernahe Streitbeilegung vorzunehmen (*small claims procedures*).

Il y a trois possibilités différentes pour la conception d'une procédure des petits litiges :

1. *La création de tribunaux spécifiques (small claims courts) comme les anciennes juridictions de proximité.*
2. *La création des formations de jugement ou de procédures spécifiques dans le cadre de l'organisation judiciaire existante (small claims tracks).*
3. *L'adaptation ponctuelle du droit commun de la procédure (small claims procedures).*

⁵⁹ Hau, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (574 ff.).

⁶⁰ Zur rechtsvergleichenden Bewertung der *juridiction de proximité* sh. Zwickel, Bürgernahe Ziviljustiz: Die französische *juridiction de proximité* aus deutscher Sicht, 2010, S. 114 ff.

b. Einordnung des deutschen bzw. des französischen Systems (Retrospektive) / *La classification des systèmes allemand et français (rétrospective)*

Derartige Strukturen sind de lege lata bereits in Deutschland und Frankreich etabliert. Dabei gehen die beiden Länder, was Bagatellverfahren anbelangt, fundamental unterschiedliche Wege. Im deutschen Recht existiert mit § 495a ZPO eine Vorschrift, die dem Gericht ermöglicht, das Verfahren nach billigem Ermessen zu gestalten. In der Praxis spielt diese Vorschrift keine große Rolle, da Rechtsprechung und Rechtswissenschaft bis heute auf der Suche nach den durch die Vorschrift intendierten Verfahrenserleichterungen sind.⁶¹ In Frankreich sind demgegenüber seit jeher größere strukturelle Erwägungen erfolgt. So wurden für Bagatellstreitigkeiten mit den Friedensrichtern (*juges de paix*), den *juridictions de proximité* und den *tribunaux d'instance* eigenständige Gerichte für die besonders bürgernahe Beilegung von Streitigkeiten geschaffen, die allerdings durch die Fusion von *tribunaux d'instance* und *tribunaux de grande instance* zu Beginn des Jahres 2020⁶² sowie die Abschaffung der *juridictions de proximité* im Jahr 2017⁶³ weitgehend wieder entfallen sind.⁶⁴ Alle genannten Ansätze für Bagatellverfahren sind aber zu großen Teilen noch nicht digitalisiert.

L'Allemagne et la France suivent des voies fondamentalement différentes en ce qui concerne le traitement des petits litiges civils. En droit allemand, le § 495a ZPO permet au tribunal de choisir une procédure selon son pouvoir d'appréciation discrétionnaire et équitable. Dans la pratique, cette disposition ne joue pas un rôle majeur, puisque la jurisprudence et la doctrine sont toujours à la

⁶¹ Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl., 2018, § 495a, Rn. 1.

⁶² Art. 95 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2.

⁶³ Sh. hierzu Zwickel, Das Ende der französischen *juridictions* und *juges de proximité* am 1. Juli 2017, RohR 2017, 58 ff.

⁶⁴ Véricel, La disparation de la justice de proximité, im Erscheinen in: Recueil Dalloz.

recherche des simplifications procédurales envisagées par le législateur. L'Allemagne a donc, jusqu'à présent, compté sur des modifications ponctuelles de la procédure civile. En revanche, en France, les réflexions structurelles ont toujours été plus importantes. Des juridictions spécifiques comme les anciens juges de paix, les juridictions de proximité et les tribunaux d'instance furent créés pour le règlement des différends particulièrement proches des citoyens. Toutefois, tous ces tribunaux seront abolis début 2020 en raison de la fusion des tribunaux d'instance et des tribunaux de grande instance et de l'abolition des juridictions de proximité en 2017. En Allemagne et en France, il existe donc quelques aménagements pour les procédures relatives aux petits litiges, mais la plupart d'entre elles n'ont aucun lien avec la numérisation de la justice.

c. Denkbare Struktur eines digitalen Bagatellverfahrens (Prospektive) / La structure possible d'une procédure numérique pour les petits litiges (prospective)

Auch für ein Online-Bagatellverfahren stehen die o.g. Ansätze zur Verfügung. Denkbar sind also eigenständige Onlinegerichte, wie sie beispielsweise in Großbritannien entstehen sollen⁶⁵ und in China schon eingerichtet sind.⁶⁶ Im Fall der französischen *juridiction de proximité* hat sich, nach verbreiteter Auffassung, die Neuentstehung einer weiteren Instanz unterhalb der bisherigen Eingangsinstanz als verwirrend herausgestellt⁶⁷ so dass sich eine eigenständige Gerichtsbarkeit, für ein digitales Bagatellverfahren, nicht empfehlen dürfte. Auch eine besondere Gerichtsbesetzung erscheint für ein digitales Bagatellverfahren nicht als erforderlich. Auch der französische Gesetzgeber ist von

⁶⁵ Sh. Report von Lord Justice Briggs: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>, zuletzt abgerufen am 18.08.2019.

⁶⁶ <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/china-gericht-justiz-online-digital-zivilverfahren-legal-tech>, zuletzt abgerufen am 18.08.2019.

⁶⁷ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n°0071 du 24 mars 2019, texte n° 2, Rapport annexé.

der Besetzung von in Bagatellsachen zuständigen Gerichten mit ehrenamtlichen Richtern,⁶⁸ mit der Abschaffung der *juridiction de proximité*, wieder abgerückt.⁶⁹ Als tauglicher Beitrag zu größerer Bürgernähe erweisen sich solche „Laiengerichte“ nämlich nur dann, wenn die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter spezifische Kenntnisse bzw. Erfahrungen in den Prozess einbringen. Besonders in den oben erwähnten, einfacher gelagerten Streitsachen, dürften indes derartige Kenntnisse bzw. Erfahrungen nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Es ist daher davon auszugehen, dass sich Online-Verfahren für Bagatellstreitigkeiten problemlos in der bestehenden Gerichtsorganisation verorten lassen (kein *small claims court*). Für ein komplett digitalisiertes Verfahren dürften indes punktuelle Anpassungen des bestehenden Verfahrensrechts nicht ausreichen (keine *small claims procedure*). Die Prozessordnungen Deutschlands und Frankreichs kennen solche Anpassungen bereits. Sie führen lediglich dazu, dass bestimmte digitale Instrumente (z.B. Videokonferenzen) in herkömmliche Zivilprozesse Eingang finden können. Ein eigenständiges, komplett digitalisiertes Verfahren, wird dadurch aber nicht etabliert. Dies zeigt sich, für analog geführte Bagatellverfahren, z.B. an den deutschen Erfahrungen mit § 495a ZPO. So wird die Vorschrift höchst uneinheitlich angewandt.⁷⁰ Punktuelle Änderungen von Verfahrensnormen sind daher nicht zielführend.⁷¹

⁶⁸ Sh. hierzu im Rechtsvergleich *Fasching*, Small claim courts, in: Jelinek/Böhm/Konecny/Buchegger (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, 1993, S. 461 (472 f.).

⁶⁹ *Zwickel*, Das Ende der französischen *juridictions* und *juges de proximité* am 1. Juli 2017, *RohR* 2017, 58 ff.

⁷⁰ *Rottleuthner*, Umbau des Rechtsstaats? -Zur Entformalisierung des Zivilprozesses im Bereich der Bagatellverfahren - Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung zur Praxis von § 495a ZPO, *NJW* 1996, 2473 (2476).

⁷¹ So auch *Greger*, Realität und Reform des Zivilprozesses im Spiegel der Justiz-Statistik, *ZZP* 131 (2018), 317 (349, 351).

Les aménagements mentionnés sont également disponibles pour une procédure numérique de règlement des petits litiges. On peut donc imaginer la mise en place de tribunaux en ligne indépendants, tels que ceux qui seront établis en Grande-Bretagne et qui sont déjà établis en Chine. Dans le cas de la juridiction de proximité française, on a considéré que l'émergence d'une nouvelle instance en dessous de l'ancienne juridiction de première instance a provoqué une certaine confusion parmi les justiciables. Une telle institution judiciaire ne semble pas nécessaire pour une procédure numérique de règlement des petits litiges. De l'autre côté, des ajustements ponctuels de la procédure civile existante peuvent ne pas être suffisants pour une procédure entièrement numérisée.

Es sollte deshalb in die bestehende Gerichtsorganisation ein vollständig digitales Verfahren für Bagatellstreitigkeiten integriert werden (*small claims track*). Wegen mit einem solchen Verfahren möglicherweise verbundener Nachteile (z.B. im Bereich der Wahrheitsermittlung, der Richterrolle usw.), wäre – jedenfalls für eine Erprobungsphase – eine fakultative Ausgestaltung des Verfahrens zielführend, die darüber hinaus auch ermöglicht, ein digitales Online-Verfahren durch kostenrechtliche Anreize⁷² attraktiver als das Regelverfahren zu gestalten.

Un système entièrement numérique de règlement des petits litiges devrait donc être intégré dans l'organisation judiciaire existante. En raison des inconvénients éventuels d'une telle procédure, le caractère optionnel de la procédure - au moins pour une phase de pilotage - serait opportun, ce qui permettrait également de rendre une procédure numérique en ligne plus attractive que la procédure ordinaire par des incitations financières.

Noch nicht geklärt ist damit freilich die Frage, in welchen Fällen ein digitales Bagatellverfahren zur Anwendung kommen

⁷² Sh. *Hau*, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (594).

sollte. Oben wurde bereits dargestellt, dass derzeit Bagatellverfahren vielfach anhand des objektiv (ohne Affektionsinteresse) zu bestimmenden Streitwertes als solche gekennzeichnet werden.⁷³ Besser wäre es aber, stattdessen an das Kriterium der „Einfachheit des Streitfalls und der Erledigung“⁷⁴ anzuknüpfen und dem digitalen Bagatellverfahren gezielt solche Rechtsstreitigkeiten zuzuweisen, für die sich in der Vergangenheit bereits eine digitale Streitbeilegung (z.B. Online-Schlichtung) bewährt hat. Derartige Kategorien könnten etwa sein (Aufzählung nicht abschließend):⁷⁵

- Streitigkeiten im Bereich des Wohnraummietrechts
- Straßenverkehrsunfallsachen
- Streitigkeiten um Fluggastrechte
- Rechtsstreitigkeiten aus online geschlossenen Kaufverträgen

Eine Ausnahme würde nur ein Sockelbereich wirklich geringfügiger Rechtsstreitigkeiten bilden, für dessen Bestimmung die dem deutschen § 495a ZPO eigene Grenze von 600 € einen Anhaltspunkt bieten könnte.

⁷³ *Hau*, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (578).

⁷⁴ *Fasching*, Small claim courts, in: Jelinek/Böhm/Konecny/Buchegger (Hrsg.), *Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 461 (466).

⁷⁵ Ähnlich Länderarbeitsgruppe: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe: TOP I.11, Legal Tech, Herausforderungen für die Justiz, S. 80 f. (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPI_11_Abschlussbericht.html, zuletzt abgerufen am 1.07.2019): Entschädigungen nach der EU-Fahrgast- und der EU-Fluggastrechteverordnung, Klagen zur (teilweisen) Rückforderung des Reisepreises wegen Reisemängeln, bestimmte Verkehrsunfallverfahren, Klagen der Versorgungsunternehmen auf Zählerausbau, Verfahren wegen nicht geleisteter Wohngeldforderungen nach dem WEG, Verfahren über Abmahnkosten wegen Urheberrechtsverstößen im Internet, Räumungsklagen nach fristloser Kündigung aufgrund nicht gezahlter Wohnraummieten.

Ensuite, on devrait clarifier le champ d'application d'une procédure dématérialisée des petits litiges. Il a déjà été expliqué qu'à l'heure actuelle, les procédures relatives aux petits litiges sont souvent identifiées sur la base de la valeur du litige. Toutefois, dans les procédures existantes en matière de petits litiges, il existe également de nombreux chefs de compétence qui sont indépendants de la valeur du litige. Ceux-ci peuvent fournir des informations importantes pour la conception des règles de compétence dans le cadre d'une procédure en ligne pour les petits litiges. Il est préférable d'énumérer par la loi certaines catégories de petits litiges qui entrent dans le champ d'application de la procédure spécifique. Ces catégories peuvent être (à titre d'exemple) :

- *Les litiges concernant la location d'immeubles d'habitation*
- *Les litiges concernant les droits des passagers aériens*
- *Les litiges résultant des contrats de vente conclus en ligne*
- *Certains litiges du domaine des accidents de circulation*

Une exception devrait être faite pour l'ensemble des litiges dont l'importance est vraiment très faible, pour lequel le montant prévu pour l'application du § 495a ZPO, à savoir 600 €, pourrait fournir une indication.

2. Prozessuale Faktoren / Les facteurs processuels

Neben solch strukturellen Erwägungen ist für bürgernahe digitale Verfahren der Verfahrensablauf besonders bedeutsam. Bagatellverfahren zeichnen sich schließlich oftmals gerade durch Abweichungen vom gewöhnlichen Verfahrensablauf aus.⁷⁶ Die Darstellung der prozessualen Faktoren für ein digitales Bagatellverfahren folgt daher dem Ablauf eines herkömmlichen

⁷⁶ Hau, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (595).

Zivilprozesses. Es ist zwischen Verfahrenseinleitung, Verfahrensdurchführung und Verfahrensabschluss zu unterscheiden.

Le déroulement de la procédure est particulièrement important pour les procédures numériques. Après tout, les procédures relatives aux petits litiges se caractérisent souvent par des différences par rapport à la procédure normale. La présentation des facteurs processuels d'une procédure numérique de règlement des petits litiges suit donc l'ordre d'une procédure civile classique. Il est nécessaire de distinguer l'introduction de l'instance de son déroulement et de sa clôture.

a. Verfahrenseinleitung / L'introduction de l'instance

Im Bereich der Verfahrenseinleitung stellen sich, in Bezug auf ein digitales Bagatellverfahren, folgende Fragen:

1. Wie kann ein digitales Bagatellverfahren auch von nicht anwaltlich vertretenen Parteien niederschwellig eingeleitet werden?
2. Wie kann dafür Sorge getragen werden, dass die von den Parteien gelieferten Informationen nicht zu umfangreich werden?
3. Gibt es Möglichkeiten, beide Fragenkomplexe in einem einheitlichen Lösungsansatz, zu bündeln?

Pour l'introduction de l'instance se posent les questions suivantes :

1. *Comment une procédure numérique des petits litiges peut-elle facilement être introduite par des parties non représentées par avocat ?*
2. *Comment peut-il être assuré que les parties ne donnent pas trop d'informations ?*
3. *Existe-t-il une possibilité de réunir ces deux problématiques au sein d'une solution unique ?*

**aa. Einheitlicher Modus der Verfahrenseinleitung /
*Le mode unique d'introduction de l'instance***

Gerade für Bagatellverfahren ist besonders wichtig, dass gerichtliche Verfahren niederschwellig erreichbar sind, denn andernfalls verzichten viele Parteien, wie oben gezeigt, auf die Durchsetzung ihres Rechts. Die derzeitigen Prozessrechte Deutschlands und Frankreichs sehen für die Einreichung einer Klage jeweils mehrere Modi vor. Für rechtsuchende Bürger macht dies eine Klageeinreichung relativ kompliziert. So steht im deutschen Zivilprozessrecht, für Klagen vor dem Amtsgericht (§ 496 ZPO), die Einreichung einer Klageschrift oder die Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle zur Wahl. Im französischen Zivilprozessrecht stehen sogar die *assignation à toutes fins*, die *déclaration en greffe*, die *requête conjointe* sowie die *présentation volotaire* als Modi der Verfahrenseinleitung vor dem *tribunal d'instance* zur Verfügung. Für ein digitalisiertes Verfahren ist das aber zu viel. Die Prozessrechte sollten sich daher auf einen einzigen digitalen Modus der Verfahrenseinreichung, d.h. eine bestimmte Plattform zur Verfahrenseinleitung, beschränken. Auf dieser Informations- und Antragsplattform⁷⁷ sollte die Klageschrift möglichst einfach eingegeben werden können.

Il est particulièrement important pour les procédures relatives aux petits litiges que le recours à la justice soit facilement accessible. Les codes de procédure civile allemand et français prévoient chacun plusieurs modes d'introduction de l'instance. Pour les justiciables, cela rend l'introduction de l'instance relativement compliquée. En droit allemand de procédure civile, il est possible de choisir entre le dépôt d'une requête ou une déclaration au greffe pour les demandes devant le tribunal d'instance (§ 496 ZPO). En droit français, l'assignation à toutes fins, la déclaration en greffe, la requête conjointe et la présentation volotaire sont disponibles

⁷⁷ Wegweisend hierfür ist die in Frankreich bereits existente Plattform <https://www.justice.fr/>, zuletzt abgerufen am 26.08.2019.

comme modes d'introduction d'instance devant le tribunal d'instance. C'est trop pour une procédure dématérialisée. Les droits procéduraux devraient donc être limités à un seul mode d'introduction de l'instance via une plate-forme spécifique. Il devrait être facile de saisir les informations nécessaires sur cette plate-forme électronique.

bb. Vorstrukturierung des Inhalts des verfahrenseinleitenden Aktes / La structuration des conclusions

Wie aber sollte eine solche Klageeinreichungsmöglichkeit genau aussehen? Ausgehen müssen Überlegungen zur Gestaltung des verfahrenseinleitenden Aktes davon, dass momentan die Ordnung des Prozessstoffs durch das Gericht die maßgebliche Bremse eines (Bagatell-)Verfahrens ist.⁷⁸

À quoi devrait ressembler une telle possibilité d'introduire l'instance ? Les réflexions sur les modalités de l'acte introductif d'instance doivent être fondées sur l'hypothèse selon laquelle, aujourd'hui, la mise en état du dossier par le tribunal constitue le frein majeur pour une procédure des petits litiges.

Ein digitalisiertes Bagatellverfahren macht nur Sinn, wenn die Inhalte des verfahrenseinleitenden Aktes (Dokumentes) in geeigneter Weise vorstrukturiert werden. Digitaltechnik kann nämlich an einen großen Freitext-Schriftsatz nur ganz schwer anknüpfen.⁷⁹ Wird auf große Freitexte gesetzt, geht der Vorteil

⁷⁸ So allgemein bereits *Schnelle/Bender*, Der elektronisch gestützte Zivilprozeß - Das „Neue Stuttgarter Modell“, DRiZ 1993, 97 (102); *Weller/Köbler*, Regeln für ein grundsätzlich elektronisch geführtes Erkenntnisverfahren AnwBl. Online 2018, 383, 385.

⁷⁹ Sh. hierzu ausführlich *Zwickel*, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et al., Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht - 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, 2018, S. 179 ff.

der Digitalisierung weitgehend verloren und ein digitales Bagatellverfahren wäre nicht mehr zielführend. Der Schriftsatz muss daher, damit nicht das Problem der Umwandlung von natürlicher Sprache in Computersprache auftritt, in kleine Häppchen zerlegt werden, mit denen ein Computer etwas anfangen kann. Das kann durch eine sinnvolle Strukturierung des verfahrenseinleitenden Dokuments erreicht werden.⁸⁰

Une procédure dématérialisée pour les petits litiges n'a de sens que si le contenu de la demande introductive est pré-structuré de manière appropriée. Si l'on acceptait des écritures librement rédigées, on ne tirerait aucun avantage de la numérisation. Afin d'éviter le problème de la conversion du langage naturel en langage informatique, l'écriture doit donc pouvoir être décomposée en petits morceaux, exploitables par un ordinateur. Cela peut se faire en imposant une structuration de l'acte introductif de l'instance.

Eine Strukturierung von Schriftsätzen ist den Rechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs schon heute keineswegs fremd. Im französischen Recht erfolgt die Klageeinreichung mittels einer *déclaration en greffe* beim *tribunal d'instance* per vorstrukturiertem Formular, das Tatsachen- und Rechtsausführungen trennt und auch die prozessualen Rahmendaten beinhaltet.⁸¹ Weitere Strukturierungsvorgaben bestehen hingegen nur im französischen Anwaltsprozess.⁸² Auch in Deutschland ist eine Grobstruktur für Schriftsätze, wie ein Blick in die gängigen Formulare Sammlungen zeigt, nicht unüblich. Eine solche Grobstruktur reicht aber für einen digitalen Prozess noch nicht aus, will man sich die Vorteile moderner Digitaltechnik auch wirklich zu Nutze machen.

La structuration des dossiers de procédure n'est pas étrangère aux systèmes de procédure civile d'Allemagne et de France. En

⁸⁰ Sh. hierzu den Beitrag von Gaier in diesem Tagungsband (S. 266 ff.).

⁸¹ https://www.formulaires.modernisation.gouv.fr/gf/cerfa_11764.do, zuletzt abgerufen am 18.08.2019.

⁸² Zwickel, Die Strukturierung von Schriftsätzen, MDR 2016, 988.

droit français, la déclaration au greffe devant le tribunal d'instance se fait au moyen d'un formulaire pré-rédigé et structuré. En Allemagne aussi, il n'est pas rare de suivre une structure prédéterminée, comme en attestent les collections de formulaires. Mais une structuration vague ne saurait être suffisante à l'ère du numérique.

Im deutschen Schrifttum werden mehrere darüberhinausgehende Modi einer Strukturierung von Schriftsätzen, d.h. zur Erreichung einer feingliedrigen Struktur, diskutiert:

- Teilweise wird eine Strukturierung von Schriftsätzen nur für besonders komplexe Verfahren vorgeschlagen.⁸³ Das Gericht sollte demnach den Parteien eine solche Strukturierung flexibel zur Pflicht machen können.
- Darüberhinausgehend sieht *Gaier*⁸⁴ es stets als sinnvoll an, die Parteien zu verpflichten, ihren Freitext zu sortieren. Nach dieser Auffassung sollen die Rechtsanwälte eine Anspruchsgrundlage auswählen und exakt zu den Tatbestandsmerkmalen dieser Anspruchsgrundlage vortragen.
- Anders gelagert ist der Vorschlag von *Köbler*, für ausgewählte typische und zahlreich vorkommende Klagesituationen (fristlose Kündigung wegen Ausbleibens der Mietzinszahlung oder Schadensersatzklage wegen eines Verkehrsunfalls), Formulare anzubieten.⁸⁵
- Ein weiterer Ansatz arbeitet mit einer Pflicht der Anwälte, Rechts- und Tatsachenfragen zu trennen sowie

⁸³ *Vorwerk*, Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess, NJW 2017, 2326.

⁸⁴ *Gaier*, Strukturiertes Parteivorbringen im Zivilprozess, JurPC Web-Dok. 133/2015.

⁸⁵ *Köbler*, Und es geht doch: Strukturierter Parteivortrag – ein Werkstattbericht, AnwBl Online 2018, 399.

den Vortrag nach zentralen Behauptungen aufzubauen.⁸⁶ In einem „Baukastensystem“⁸⁷ legen Sie die Blöcke selbst fest, auf die dann der Gegner reagieren muss. Nach dieser Auffassung kann der Beklagte also dem Kläger auch eine eigene Struktur entgegensetzen.

Dans la littérature allemande, plusieurs modes de structuration sont discutés :

- *Dans certains cas, la structuration n'est suggérée que pour des procédures particulièrement complexes. Le tribunal devrait donc pouvoir rendre cette structuration obligatoire pour les parties.*
- *De plus, Gaier considère qu'il est raisonnable d'obliger les parties à ordonner leurs écritures. Selon ce point de vue, les avocats devraient choisir un fondement juridique et structurer leur demande en suivant les conditions de la règle de droit pertinente.*
- *Köbler propose d'élaborer des formulaires pour certains contentieux de masse (résiliation sans préavis pour non-paiement de loyer ou action en dommages et intérêts pour accident de la circulation).*
- *Une autre approche consiste à obliger les avocats à distinguer les questions de fait et de droit et à structurer leurs écrits en fonction des prétentions essentielles. Dans un tel système modulaire, les parties définissent elles-mêmes les développements auxquels l'adversaire doit réagir.*

⁸⁶ Zwickel, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et al., Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, 2018, S. 179 ff; Effer-Uhe, Möglichkeiten des elektronischen Zivilprozesses, MDR 2019, 69 (71).

⁸⁷ Begriff nach Effer-Uhe, Möglichkeiten des elektronischen Zivilprozesses, MDR 2019, 69 (71).

Gemeinsam ist fast allen oben genannten Strukturierungsarten, dass der Freitext von den Parteien nach bestimmten Kriterien geordnet werden soll.

Presque toutes ces modalités de structuration ont en commun d'imposer aux parties d'ordonner les écritures selon certains critères.

Problematisch ist hieran aber, dass man in Bagatellstreitigkeiten von den Parteien nicht verlangen kann, dass diese umfangreiche Schriftstücke nach bestimmten, insbesondere rechtlichen Kriterien ordnen.⁸⁸ Vor allem werden die Parteien in der Regel nicht willens und in der Lage sein, ihren Vortrag an rechtlichen Erwägungen, wie z.B. Anspruchsgrundlagen auszurichten.

Le problème est qu'en cas de petits litiges, il n'est pas possible d'exiger des parties qu'elles établissent des documents selon des critères déterminés, notamment juridiques. Les parties seront généralement incapables de fonder leurs arguments en droit.

In Bagatellstreitigkeiten kann und muss die Struktur der von den Parteien beizubringenden Informationen daher teilweise gerichtsseitig vorgegeben werden. Es ist dafür v.a. an die Nutzung von Formularen zu denken. Mit so genannten Strukturformularen, die nach und nach die Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage abfragen, lassen sich rechtliche Sachverhalte gut abbilden. *Legal-Tech*-Anbieter setzen solche Formulare sehr erfolgreich ein. Auch im Verwaltungsbereich werden digitale Formulare heute schon genutzt, wie etwa bei der elektronischen Abgabe der Steuererklärung (ELSTER).⁸⁹ All diese Formulare führen zu einer Verlagerung der Strukturierungsverantwortung

⁸⁸ *Effer-Uhe*, Strukturierter Parteivortrag im elektronischen Zivilprozess, GVRZ 2018, 6, Rn. 15 m.w.N.

⁸⁹ <https://www.elster.de>, zuletzt abgerufen am 20.08.2019.

vom Sender hin zum Empfänger.⁹⁰ Dieses Modell entspricht genau den Anforderungen eines digitalisierten Bagatellverfahrens. Nicht der rechtsuchende Bürger soll seine schriftlichen Ausführungen ganz alleine strukturieren müssen, sondern das Gericht soll ihm dabei helfen. Es ist daher auch nicht einleuchtend, wenn in der rechtswissenschaftlichen Literatur davon ausgegangen wird, eine Strukturierung von Schriftsätzen ließe sich nur für den Anwaltsprozess umsetzen,⁹¹ denn auch die Parteien sind in der Lage, Strukturformulare auszufüllen.

Dés lors, dans le cadre des procédures relatives aux petits litiges, la structure de l'information à fournir par les parties peut et doit être déterminée par le tribunal. Pour atteindre ce but, il convient d'envisager l'utilisation de formulaires. Les fournisseurs de Legal Tech en utilisent déjà avec grand succès. Aujourd'hui, ces formulaires sont également utilisés dans le secteur administratif, par exemple dans la transmission numérique des déclarations des revenus en Allemagne par la plateforme ELSTER. Ce modèle correspond exactement aux exigences d'une procédure numérisée des petits litiges. Ce n'est pas le justiciable qui doit structurer lui-même ses écritures, mais le tribunal qui doit l'aider en lui proposant un formulaire adapté à un certain type de contentieux. Il n'est donc pas pertinent d'affirmer qu'une structuration des plaidoiries écrites ne serait envisageable que pour le procès avec représentation par avocats car les parties seraient incapables de remplir des formulaires.

Die gegen solche Formulare vorgebrachten Argumente, sie führten zu einem „trägerischen Schein von Abgeschlossenheit“,⁹² sie könnten, gepaart mit Ausfüllhinweisen, „mittelfristig

⁹⁰ In Bezug auf die Verwaltung: *Gantner*, Theorie der juristischen Formulare, 2010, S. 4.

⁹¹ So aber *Hirtz*, Die Chancen eines elektronisch unterstützten Erkenntnisverfahrens, *AnwBl Online* 2018, 286; differenzierter *Effer-Uhe*, Strukturierter Parteivortrag im elektronischen Zivilprozess, *GVRZ* 2018, 6, Rn. 15 m.w.N.

⁹² *Korves*, Formularzwänge im (digitalisierten) Prozessrecht, *GVRZ* 2018, 7.

individuelle Rechtsberatung v.a. im streitwertarmen Bagatellbereich ablösen,⁹³ und sie seien nur für einen eng begrenzten Bereich typisierter Sachverhalte geeignet,⁹⁴ sind nicht zutreffend.

Pour s'opposer à l'usage de tels formulaires, on avance notamment que ceux-ci pourraient donner « l'apparence trompeuse d'une nature définitive », celles-ci conduiraient à une « apparence trompeuse de clôture », « remplacer à moyen terme les conseils juridiques individuels, en particulier dans le domaine des petites litiges », et « ne conviendraient que pour un domaine étroit défini de faits », ne sont pas pertinents.

Mehrere Punkte sprechen gegen diese Annahmen:

1. Inhaltlich abgeschlossen müssen die Formulare nur dann sein, wenn keinerlei Zusatzfeld für freie Erklärungen eingeräumt wird.
2. Formulare betreffen im streitigen Zivilprozess nur die Verfahrenseinleitung. Passt ein Sachverhalt nicht richtig zum Formular, wird in einem dialogischen Prozessmodell noch i.R.d. Verfahrensdurchführung reagiert werden können.
3. Individuelle Rechtsberatung und Bagatellverfahren schließen sich ohnehin zu erheblichen Teilen aus. Bagatellverfahren stellen stets einen Kompromiss zwischen „Rechtsschutzinteresse des Klägers und öffentlichem Kostenvermeidungsinteresse“ dar.⁹⁵ Bei der Annahme, in Bagatellverfahren finde eine individuelle Rechtsberatung

⁹³ Korves, Formularzwänge im (digitalisierten) Prozessrecht, GVRZ 2018, 7.

⁹⁴ Länderarbeitsgruppe: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe: TOP I.11, *Legal Tech*, Herausforderungen für die Justiz, S. 71 f. (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPI_11_Abschlussbericht.html, zuletzt abgerufen am 01.07.2019).

⁹⁵ Hau, Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures, *RabelsZ* 81 (2017), 570 (588).

statt, handelt es sich, wie das deutsche amtsgerichtliche Verfahren zeigt, um eine Illusion.

Plusieurs éléments vont à l'encontre de ces arguments :

1. *Le contenu des formulaires ne serait définitif que si aucun champ supplémentaire n'est prévu pour des commentaires supplémentaires.*
2. *En matière de procédure civile, les formulaires ne concernent dans tous les cas que l'introduction de l'instance. Si un fait ne correspond pas correctement au formulaire, il sera toujours possible de réagir dans un système judiciaire basé sur un dialogue entre tribunaux et justiciables.*
3. *En tout état de cause, le conseil juridique individuel et la procédure relative aux petits litiges s'excluent dans une large mesure. La procédure des petits litiges représente toujours un compromis entre « l'intérêt de protection juridique du demandeur et celui d'économiser des moyens procéduraux ».*

In einem digitalisierten Bagatellverfahren sollte daher die Klageerhebung mittels gerichtsseitig zur Verfügung gestellter Strukturformulare⁹⁶ erfolgen, die auf den Streitstoff zuzuschneiden sind. Juristische Chatbots oder Online-Hilfen können beim Ausfüllen der Formulare zusätzlich unterstützen.⁹⁷

⁹⁶ Außerhalb von Bagatellverfahren indes ist die parteiseitige Strukturierung vorteilhafter: Sh. hierzu ausführlich Zwickel, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et al., Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, Berlin 2018, S. 179 ff.

⁹⁷ Kritisch hierzu Länderarbeitsgruppe: Abschlussbericht der Länderarbeitsgruppe: TOP I.11, Legal Tech, Herausforderungen für die Justiz, S. 71 f. (https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOP1_11_Abschlussbericht.html), zuletzt abgerufen am 1.07.2019.

Dans une procédure dématérialisée des petits litiges, l'action en justice devrait donc s'effectuer par le biais de formulaires structurés mis à disposition par la justice, qui devraient être adaptés à l'objet du litige. Des « chatbots juridiques » ou des dispositifs d'aide en ligne peuvent aider les justiciables à remplir les formulaires.

**cc. Vorschlag einer Verfahrensplattform /
La proposition d'une plateforme procédurale**

In einer digitalisierten Ziviljustiz besteht die Gefahr, dass technische und inhaltliche Vorgaben Privatleute von einfachen Zugangswegen zu Gericht abschneiden. Eine wie nach dem derzeitigen Prozessmodell auf dem Hin- und Hersenden von Schriftsätzen beruhende Kommunikation ist nicht anwaltlich vertretenen Parteien heute kaum zumutbar.

Dans une justice civile dématérialisée, les exigences techniques risquent d'empêcher les particuliers d'accéder facilement à la justice. La communication fondée sur l'envoi et la réception des écritures, comme dans le système actuel, n'est guère raisonnable pour les parties non représentées par un avocat.

Es muss daher dafür Sorge getragen werden, dass in Bagatellstreitigkeiten einfache Zugangswege zu Justiz offenbleiben. Ein geeigneter Weg hierfür scheint die Einrichtung einer Verfahrensplattform zu sein, auf der die Parteien kommunizieren und auch die Akte und den Verfahrensstand einsehen können.⁹⁸ Die Plattform müsste dabei auf moderner Web 2.0-Technologie beruhen, denn das ist die Technik, mit der Bürgerinnen und Bürger tagtäglich umgehen.

⁹⁸ Zu einem gemeinsamen Verfahrensdokument sh. auch Greger in diesem Tagungsband (S. 276 ff.) und Socha, Elektronischer Rechtsverkehr – Wann diskutieren wir die eigentlichen Fragen?, ZRP 2015, 91 ff.

Il faut alors veiller à un accès simplifié et à l'ouverture de la justice pour des petits litiges. Une manière appropriée pour y parvenir serait de mettre en place une plateforme électronique sur laquelle les parties pourraient communiquer et aussi consulter leur dossier judiciaire ainsi que les étapes de procédure. Une telle plateforme devrait être basée sur une technologie moderne du Web 2.0, car c'est la technologie que les citoyens utilisent quotidiennement.

Bereits heute lassen sich Beispiele für solche einfach nutzbaren Verfahrensplattformen in einer rechtsvergleichenden Umschau zusammentragen.

Il y a plusieurs exemples pour de telles plateformes :

- In Dänemark werden seit dem 1. Januar 2018 alle Zivilsachen digitale abgewickelt. Die Abwicklung erfolgt dabei zentral über die Plattform <https://minretssag.dk>, zu der alle Bürger mit ihrer Personenkennung Zugang haben. Auch der Verfahrensstand lässt sich jederzeit über dieses Portal einsehen.⁹⁹

Au Danemark, depuis le 1er janvier 2018, tous les litiges civils sont traités sur la plateforme <https://minretssag.dk>. Tous les citoyens y ont accès avec leur numéro d'identification personnel. L'état d'avancement des procédures peut également être consulté à tout moment via ce portail.

- Auch Österreich ist im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs deutlich weiter als Deutschland. Auf dem Webportal „ERV für alle“¹⁰⁰ finden sich spezifische Formulare, die für die Klageeinreichung genutzt werden können.

L'Autriche met des formulaires électroniques à la disposition des justiciables. Le portail Internet « ERV für alle »

⁹⁹ Eskesen, Digitales Dänemark, DRiZ 2018, 56 (57).

¹⁰⁰ https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/elektronischer_rechtsverkehr_erv.html, zuletzt abgerufen am 20.08.2019.

contient des formulaires spécifiques qui peuvent être utilisés pour déposer une assignation.

- Noch ausgefeiltere Plattformen bieten private Anbieter. Dies ist beispielsweise für *litige.fr* in Frankreich der Fall. Für einen Pauschalbetrag von 89,90 € ermöglicht dieses Portal, alle für eine Rechtsstreitigkeit relevanten Informationen zu erfassen. Die eingegebenen Informationen bündelt das Portal dann automatisch zu einer zum jeweiligen Streitgegenstand passenden Klageschrift, die darauf bei Gericht eingereicht wird. Dies alles ohne Zutun eines Menschen.

Les Legal Techs, comme le portail français litige.fr, sont encore plus avancées en la matière. Pour une somme forfaitaire de 89,90 €, la plateforme propose de réunir toutes les informations nécessaires pour introduire une action en justice. Ces informations sont ensuite rassemblées dans une demande en justice qui peut être envoyée au tribunal, le tout sans intervention humaine.

Ähnlich könnte auch eine Bagatell-Verfahrensplattform der Justiz aufgebaut werden, die den Parteien ermöglicht, einfach und rechtssicher mit der gegnerischen Partei und dem Gericht zu kommunizieren. Für die Parteien hätte ein solches Portal den Vorteil, dass es wie andere Plattformen im Internet nutzbar wäre.

Une plateforme judiciaire pour les petits litiges pourrait être développée sur ces modèles et permettre ainsi aux parties de communiquer facilement entre elles ainsi qu'avec le tribunal. Pour les parties, un tel service devrait être utilisable comme les autres plateformes sur Internet.

Dem Gericht könnte, über diese Verfahrensplattform, (nach Erhalt der Eingaben von Kläger und Beklagtem) eine synthetische Zusammenstellung der Formularinhalte angeboten werden

(elektronischer Aktenspiegel).¹⁰¹ Dabei könnte das System durch automatische Verschlagwortung Übereinstimmungen und Abweichungen darstellen ggf. auch den Streitstoff, etwa durch Erstellung eines Zeitstrahls o.ä., automatisch aufbereiten.¹⁰² So könnte sich der Richter sehr schnell einen Überblick über den Sach- und Streitstand verschaffen.

Le tribunal pourrait se voir proposer une compilation synthétique du contenu du formulaire via cette plate-forme. Le système pourrait également traiter automatiquement le contenu de l'écrit, par exemple en créant une ligne chronologique. Ainsi, le juge pourrait obtenir très rapidement une vue d'ensemble du litige et de l'état actuel des choses.

¹⁰¹ Sh. hierzu ausführlich Zwickel, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et al., Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, 2018, S. 179 ff.

¹⁰² Für derartige Funktionen in Anwaltssoftware sh. <https://www.datev.de/web/de/top-themen/rechtsanwaelte/juristische-textanalyse>, zuletzt abgerufen am 26.08.2019.

*Bürgernahe Ziviljustiz: Digitales Bagatellverfahren /
Une justice civile de proximité : Procédure dématérialisée des petits litiges*

Prozessuale Rahmendaten: Kläger	Prozessuale Rahmendaten: Beklagter	Gerichtliche Hinweise
Kurzzusammenfassung des Sachverhalts Es geht um Ansprüche aus einem Verkehrsunfall am 2. Januar 2003.	Kurzzusammenfassung des Sachverhalts Es geht um Ansprüche aus einem Verkehrsunfall am 2. Januar 2003.	
Tatbestand: Behauptung 1: Unfallörtlichkeit Am 2. Januar 2003 befuhr der Geschäftsführer der Klägerin mit deren PKW die Münchner Straße in Nürnberg stadtauswärts. Zugleich befuhr der Beklagte mit seinem PKW die Frankenstraße in Richtung Dutzendteich. Die Kreuzung beider Straßen ist mit einer Lichtzeichenanlage geregelt. Behauptung 2: Einfahren des Klägers bei Grünlicht Da diese für den PKW der Klägerin auf grün geschaltet war, fuhr der Geschäftsführer der Klägerin mit (dort zugelassenen) 70 km/h in die Kreuzung ein. Der Beklagte beachtete das für ihn geltende Rotlicht nicht und fuhr ohne zu bremsen ebenfalls mit mindestens 70 km/h in die Kreuzung ein. Beweis: Akten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Nürnberg-Fürth, Az. 72 Js 1025/03 (Hyperlink)	Tatbestand: Behauptung 1: Unfallörtlichkeit Am 2. Januar 2003 befuhr der Geschäftsführer der Klägerin mit deren PKW die Münchner Straße in Nürnberg stadtauswärts. Zugleich befuhr der Beklagte mit seinem PKW die Frankenstraße in Richtung Dutzendteich. Die Kreuzung beider Straßen ist mit einer Lichtzeichenanlage geregelt. Behauptung 2: Einfahren des Klägers bei Bremslicht/rotlicht Da Obwohl diese für den PKW der Klägerin auf grün rot geschaltet war, fuhr der Geschäftsführer der Klägerin mit (dort zugelassenen) 70 km/h in die Kreuzung ein. Der Beklagte beachtete das für ihn geltende Rotlicht nicht und fuhr ohne zu bremsen ebenfalls mit mindestens 70 km/h in die Kreuzung ein. Da die Lichtzeichenanlage für seinen PKW grün leuchtete. Beweis: Gutachten des Sachverständigen Schneider (Hyperlink)	
Rechtsausführungen: Zulässigkeit: Behauptung 1: Zulässigkeit der Klage Begründetheit: Behauptung 2: Haftung des Beklagten aus § 433 II BGB Maßgeblicher Sachverhalt: Der Beklagte beachtete das für ihn geltende Rotlicht nicht und fuhr ohne zu bremsen ebenfalls mit mindestens 70 km/h in die Kreuzung ein. Rechtliche Begründung: Bei Straßenverkehrsunfällen wird ein konkludenter Kaufvertrag geschlossen. Behauptung 3: Haftung des Beklagten aus	Rechtsausführungen: Zulässigkeit: Behauptung 1: Unzulässigkeit der Klage Begründetheit: Behauptung 2: keine derartige Anspruchsgrundlage ersichtlich Maßgeblicher Sachverhalt: Nicht relevant. Rechtliche Begründung: Ein Kaufvertrag ist nicht ersichtlich. Behauptung 3: keine Haftung des Beklagten	Hinweis: § 433 II BGB scheint nicht die richtige Anspruchsgrundlage zu sein.

Abbildung 1: Übersicht des Richters über die Eingaben von Kläger und Beklagtem/ *L'aperçu par le juge des conclusions du demandeur et du défendeur*

b. Verfahrensdurchführung / *Déroulement de l'instance*

Im Rahmen der eigentlichen Verfahrensdurchführung stellen sich drei zentrale Fragen:

- Wie kann in einem digitalen Bagatellverfahren auf einvernehmliche Streitbeilegung hingewirkt werden?
- Wie werden Machtungleichgewichte zwischen den Parteien ausgeglichen?

- Soll das digitale Bagatellverfahren schriftlich oder mündlich ausgestaltet sein?

Pour la mise en œuvre de la procédure elle-même se posent trois questions cruciales :

- *Comment peut-on parvenir à un accord amiable dans le cadre d'une procédure dématérialisée des petits litiges qui se déroule sur internet ?*
- *Comment des déséquilibres entre les parties peuvent-ils être compensés ?*
- *La procédure dématérialisée des petits litiges, devrait-elle se dérouler par écrit ou par oral ?*

**aa. Einbau der einvernehmlichen Streitbeilegung /
*La mise en place d'un système de règlement
consensuel des différends***

In Deutschland und in Frankreich ist anerkannt, dass der Richter im Zivilprozess stets auf eine gütliche Streitbeilegung hinwirken soll.¹⁰³ Das gilt besonders für Bagatellverfahren, in denen, rational gedacht, viel für erhöhte Kompromissbereitschaft spricht.¹⁰⁴ Gerade in einem digital durchzuführenden Bagatellverfahren ist dies aber besonders anspruchsvoll, da es sehr stark auf Fern-Kommunikationsmitteln beruhen wird. Auch hierfür lassen sich aber, in einer rechtsvergleichenden Umschau, Lösungsansätze finden. So könnte, in einem digitalisierten Bagatellverfahren, die Digitalisierung nach Einreichung der entsprechenden Schriftsätze enden und eine mündliche Verhandlung mit richterlicher Schlichtung folgen.¹⁰⁵ Noch besser wäre es

¹⁰³ Sh. Art. 21 CPC bzw. § 278 Abs. 1 ZPO.

¹⁰⁴ *Fasching*, Small claim courts, in: Jelinek/Böhm/Konecny/Buchegger (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag, Wien 1993, S. 461 (463).

¹⁰⁵ So der Vorschlag von Nicolai/Wölber, Zukunfts offene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229, 232.

freilich, gerichtliches Verfahren und außergerichtliche einvernehmliche Online-Streitbeilegung (z.B. die Verbraucherschlichtung) über die Verfahrensplattform im Sinne einer *smart justice*¹⁰⁶ zu vernetzen. Die Verfahrensplattform hätte dann nicht nur gerichtliche Funktion, sondern zugleich die Aufgabe eines *Multidoor-Courthouses*.¹⁰⁷ Dieser Vorschlag ähnelt der Lösung, wie sie in der kanadischen Provinz *British Columbia* gewählt wurde.¹⁰⁸ Dort wird, mit elektronischer Hilfe, zunächst einmal versucht, das jeweilige Begehren der Parteien herauszuarbeiten. Anschließend unterbreiten zunächst das dahinterstehende Computersystem und (bei Nichteinigung) dann auch ein menschlicher Schlichter Einigungsvorschläge. Dies alles ausschließlich auf elektronischem Wege. Einigen sich die Parteien auch danach nicht, wird das Gesamtverfahren einem Entscheider zugeleitet.

En France et en Allemagne, on reconnaît que le juge doit tenter de concilier les parties. Cela vaut en particulier pour les procédures relatives aux petits litiges, où la propension à un règlement à l'amiable devrait, sous un angle rationnel, être assez élevée. Dans la procédure dématérialisée, ceci est plus difficile puisqu'elle repose en premier lieu sur des moyens de communication à distance. Mais là aussi, des solutions peuvent être trouvées dans les études de droit comparé. La numérisation pourrait par exemple prendre fin après la présentation des pièces de procédure pertinentes, qui sera suivie d'une audience orale avec conciliation judiciaire. Il serait bien entendu encore mieux de mettre en réseau les procédures judiciaires et le règlement extrajudiciaire et consensuel en ligne des litiges par le biais de la plateforme afin de mettre en œuvre une « justice intelligente ». La plate-forme aurait alors non seulement une fonction judiciaire, mais aussi une fonction de

¹⁰⁶ Gaier, Schlichtung, Schiedsgericht, staatliche Justiz – Drei Akteure in einem System institutioneller Rechtsverwirklichung, NJW 2016, 1367, 1370.

¹⁰⁷ Sh. hierzu unlängst Odrig, Konfliktanlaufstellen als Verfassungsgebot, ZKM 2019, 28.

¹⁰⁸ <https://civilresolutionbc.ca/>, zuletzt abgerufen am 19.08.2019.

palais de justice à guichets multiples (Multidoor-Courthouse). Cette proposition est semblable à la solution choisie dans la province canadienne de la Colombie-Britannique. Ici la première étape est d'élaborer les souhaits respectifs des parties. Par la suite, le système informatique et (en cas de désaccord) un médiateur humain font des propositions d'accord et ce exclusivement par voie électronique. Si les parties ne parviennent pas à un accord, l'ensemble de la procédure est transmis à un décideur.

Ein solches System hat mehrere Vorteile: Es erspart den Parteien zunächst, an einen (unter Umständen weit entfernten) Gerichtsort zu kommen. Zudem wird die moderne Digitaltechnik, wegen der automatisierten Schlichtungsvorschläge, gut ausgenutzt. Das streitige Verfahren stellt sich als *ultima ratio* dar, ohne dass der Rechtsweg abgeschnitten ist.

Un tel système présente plusieurs avantages : il évite d'abord aux parties d'avoir à se présenter devant un tribunal éloigné. En outre, la technologie est bien exploitée grâce à des propositions de conciliation automatisées.

**bb. Besondere Bedeutung der materiellen
Prozessleitung /
*L'importance particulière de la gestion du procès***

Im Bagatellverfahren haben die Parteien oft Schwierigkeiten, ihren Standpunkt ohne Beteiligung von Rechtsanwälten zu vertreten. Im Bereich des Bagatellverfahrens muss daher der Grundsatz: „Je schwächer die Partei desto stärker der Richter.“ gelten.¹⁰⁹ In ein digitales Bagatellverfahren sind Tools einzubauen,

¹⁰⁹ Zum internationalen Trend einer stärkeren Richterrolle in Bagatellsachen: *Kramer/Kakiuchi*, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity – General report for the XVth World Congress of Procedural Law, in: Pekcanitez/Bolayir/Simil (Hrsg.), XVth International Association of Procedural Law World Congress, 2016, S. 121 (218).

die zu einer im Vergleich zum herkömmlichen Verfahren stärkeren Richterrolle¹¹⁰ führen.

Dans la procédure des petits litiges, les parties ont souvent des difficultés à présenter leur point de vue sans l'aide des avocats. Dans le domaine des petits litiges le principe doit être le suivant : « Plus la partie est faible, plus le juge est fort. » Pour la procédure digitalisée, des outils adaptés doivent être mis en place pour renforcer le rôle du juge par rapport à la procédure classique.

Gewährleisten lässt sich dies wohl durch eine möglichst frühzeitige Reaktion des Richters auf das Parteivorbringen. Der Richter sollte schon den ersten Schriftsatz auf der Verfahrensplattform sichten müssen und entsprechende Hinweise im dafür vorgesehene Felder eintragen müssen. Als Nebeneffekt könnte auf diesem Wege auch die im deutschen Recht vorhandene aber zu unterschiedlich genutzte richterliche Hinweispflicht (§ 139 ZPO)¹¹¹ volle Geltung entfalten. In diese Richtung geht auch der Vorschlag von Hirtz, der in der digitalen Akte das richterliche Votum den Parteien als unverbindliche Diskussionsgrundlage zur Verfügung stellen will.¹¹²

Ceci peut être garanti par une réaction de plus en plus anticipée du juge aux exposés des parties. Le juge devrait être tenu de consulter le premier écrit sur la plate-forme et d'entrer les informations pertinentes dans les champs prévus à cet effet. L'obligation pour le juge d'indiquer à l'une des parties des éléments perti-

¹¹⁰ Zur Bedeutung der Rolle von Parteien und Richter sh. ausführlich Stürner, Parteiherrschaft versus Richtermacht - Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, in: ZJP 123/2 (2010), 147-161.

¹¹¹ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis - Evaluation ZPO-Reform -, 2006, S. 95 ff.

¹¹² Hirtz, Die Chancen eines elektronisch unterstützten Erkenntnisverfahrens, AnwBl Online 2018, 286.

nents (§ 139 ZPO), qui existe en droit allemand mais qui est utilisée de manière trop différente, pourrait ainsi prendre tout son sens de cette manière.

**cc. Herausgehobene Rolle der Mündlichkeit /
*Le rôle de l'oralité***

Nicht anwaltlich vertretene Parteien von Bagatellverfahren werden sich in aller Regel davor scheuen, mehrere Schriftsätze mit anderen Parteien auszutauschen. Die Abstimmung zwischen mündlichen und schriftlichen Verfahrenselementen ist daher für ein digitales Bagatellverfahren neu zu denken. In der Literatur zu Bagatellverfahren werden zwei Ansätze diskutiert:

- Nach Ansatz 1, wie er etwa in der kanadischen Provinz *British Columbia*¹¹³ anzutreffen ist, werden die Inhalte von Schriftsätzen durch digitale Technik erfragt, so dass der Schriftsatz letztlich automatisch erstellt wird und von der Partei nur noch an die Gegenpartei geschickt werden muss. Im deutschen Zivilprozessrecht könnte man diesen Ansatz als digital vorbereitetes schriftliches Vorverfahren qualifizieren.
- Nach Ansatz 2, der in den klassischen Bagatellverfahren vieler europäischer Länder verbreitet ist,¹¹⁴ wird konsequent auf einen mündlichen Verhandlungstermin gesetzt.¹¹⁵ Vergleichbar ist dieser Ansatz mit dem in der ZPO ebenfalls anzutreffenden Vorbereitungsmodus des frühen ersten Termins (§ 275 ZPO).

¹¹³ <https://civilresolutionbc.ca/>, zuletzt abgerufen am 19.08.2019.

¹¹⁴ Sh. die Darstellungen zu den Bagatellverfahren in den EU-Mitgliedsstaaten: https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-42-de.do, zuletzt abgerufen am 21.08.2019.

¹¹⁵ So auch *Nicolai/Wölber*, Zukunfts offene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229 (232).

Les parties non-représentées par un avocat seront généralement réticentes à échanger plusieurs actes de procédure avec les autres parties. La coordination entre les éléments oraux et écrits de procédure doit donc être repensée dans la perspective d'une procédure dématérialisée de règlement des petits litiges. Deux approches sont examinées dans la doctrine :

- *Selon une première approche, à l'instar de ce qui est pratiqué dans la province canadienne de la Colombie-Britannique, le contenu des conclusions est établi au moyen des technologies numériques, de sorte que les conclusions sont créés automatiquement et n'ont qu'à être envoyés à l'autre partie.*
- *Selon une deuxième approche, une date d'audience orale est systématiquement fixée.*

Ansatz 1 hat zwar den Vorteil, dass dadurch das digitale Bagatellverfahren relativ schlank gehalten werden kann und mit relativ einfacher Digitaltechnik durchgeführt werden kann. Die zentrale Problematik besteht aber fort: Die Parteien sind unter Umständen zu umfangreicher schriftlicher Kommunikation gezwungen. Überzeugend ist daher Ansatz zwei. Dies gilt aber in einem Online-Verfahren nur dann, wenn auch diese mündliche Phase digital durchgeführt wird.¹¹⁶ Gerade im Bagatellverfahren werden sich die Parteien nämlich davor scheuen, an einem weiter entfernten Gerichtsstandort zu erscheinen. Die mündliche Verhandlung sollte daher – im Standardmodus – ausschließlich mittels moderner Digitaltechnik, d. h. per Videokonferenz, durchgeführt werden. Im Bereich des deutschen Zivilprozesses müsste hierfür der Einsatz von Videokonferenztechnik in noch breiterem Umfang erfolgen.¹¹⁷ § 128a ZPO ermöglicht schon seit

¹¹⁶ a.A. zumindest für eine Übergangsphase Nicolai/Wölber, Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229, 232.

¹¹⁷ Weller/Köbler, Verfahrensgrundsätze und Modellregeln für die grundsätzlich elektronische Führung gerichtlicher Erkenntnisverfahren, Baden-Baden

1.1.2002 Videokonferenzen. Seit 1.11.2013 ist ein Einverständnis der Parteien nicht mehr Voraussetzung für einen Videokonferenzeinsatz. Theoretisch wäre also bereits heute eine mündliche Verhandlung im Wege der Videokonferenz denkbar.¹¹⁸

La première approche présente l'avantage de la simplicité des technologies numériques utilisées dans la procédure dématérialisée pour les petits litiges. Cependant, le problème central demeure : les parties peuvent être obligées de communiquer de façon détaillée par écrit. La deuxième approche est donc plus convaincante. Toutefois, ceci ne s'applique que si elle est également mise en oeuvre numériquement. L'audience devrait donc se dérouler exclusivement au moyen des technologies numériques modernes. Pour cela, une plus large utilisation de la technologie de visioconférences devrait être possible.

c. Verfahrensabschluss / Clôture de l'instance

Läuft das gesamte digitale Bagatellverfahren online ab, liegt es nahe, auch an einem digitalen Verfahrensabschluss zu denken und gegebenenfalls auch das Zwangsvollstreckungsverfahren in die Digitalisierungsbemühungen mit einzubeziehen.¹¹⁹

Das Urteil sollte ebenfalls auf der gemeinsamen Verfahrensplattform zur Verfügung gestellt werden. Optimal wäre es nun, wenn auch der Gerichtsvollzieher auf die Verfahrensplattform zugreifen könnte und den Vollstreckungstitel auf digitalem

2016, S. 67 ff.; *Weller/Köbler*, Regeln für ein grundsätzlich elektronisch geführtes Erkenntnisverfahren AnwBl. Online 2018, 383, 384.

¹¹⁸ Sh. zum Ganzen *Schultzky*, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, 313; *Prütting*, Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz, AnwBl. 2013, 330.

¹¹⁹ So auch *Nicolai/Wölber*, Zukunfts offene und verbraucherfreundliche Justiz – Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229 (233).

Wege einsehen könnte.¹²⁰ Wohl noch „Zukunftsmusik“¹²¹ ist die Idee, dass die Parteien schon bei der Verfahrenseinleitung erklären, dass sie mit der unmittelbaren Vollstreckung des Urteils einverstanden sind. Ähnlich wie bei so genannten *smart contracts*¹²² könnte dann, nach Urteilserlass, das Gerichtssystem unmittelbar die Vermögensverschiebung auf Basis des Urteils vornehmen.

Si l'ensemble de la procédure numérique pour les petits litiges se déroule en ligne, il est logique de penser également à une clôture numérique de l'instance et, si nécessaire, d'inclure la procédure d'exécution forcée dans les efforts de numérisation : L'arrêt devrait être mis à disposition des parties sur la plateforme. L'idéal serait que l'huissier de justice puisse également y accéder et consulter l'ordonnance d'exécution sous forme numérique. L'idée selon laquelle les parties déclarent leur consentement à l'exécution immédiate du jugement lors de l'introduction de l'instance relève probablement encore de l'utopie. Comme en présence d'un contrat dit « intelligent » (smart contract), le tribunal pourrait alors, après le jugement et sur la base de celui-ci, transférer immédiatement les fonds du défendeur au demandeur.

3. Faktoren in Zusammenhang mit der Effektivität des Rechtsschutzes/ Les facteurs liés à l'efficacité de la protection juridique

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass ein digitales Bagatellverfahren nur dann sinnvoll ist, wenn es insgesamt effektiv ausgestaltet ist. Noch viel stärker als im herkömmlichen Zivilprozess wäre also auf eine schnelle Verfahrensdurchführung

¹²⁰ Weller/Köbler, Regeln für ein grundsätzlich elektronisch geführtes Erkenntnisverfahren AnwBl. Online 2018, 383, 384.

¹²¹ Noch weiter geht Fries, Schadenserstaz ex machina, NJW 2019, 901 (903) mit dem „Gedanken einer automatischen Rechtsdurchsetzung ohne jegliche Transaktionskosten“.

¹²² Fries/Paal, Smart Contracts, 2019; Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, 504.

hinzuwirken. Im Durchschnitt dauerten Zivilverfahren vor dem Amtsgericht im Jahr 2017 ca. 4,9 Monate. Verfahren, die mit einem Urteil enden dauerten ca. 7,8 Monate.¹²³ Die Verfahren der französischen *tribunaux d'instance* dauerten 2017 im Durchschnitt 5,7 Monate.

Enfin, il convient de souligner qu'une procédure dématérialisée des petits litiges n'a de sens que si elle est globalement efficace. Plus encore que dans les procédures civiles conventionnelles, il s'agit donc d'œuvrer en faveur d'une mise en œuvre rapide de la procédure. En moyenne, les procédures civiles devant le tribunal d'instance allemand ont duré environ 4,9 mois en 2017. Les procédures qui se sont terminées par un jugement ont duré environ 7,8 mois. Les procédures devant les tribunaux d'instance français ont duré, en 2017, 5,7 mois en moyenne.

Es ist nicht verwunderlich, dass eine solch zeitaufwändige Lösungsmöglichkeit, gerade in Bagatellstreitigkeiten, für viele Bürgerinnen und Bürger kaum von Interesse ist. Für eine Verfahrensbeschleunigung bieten sich, im Rahmen eines digitalen Bagatellverfahrens, mehrere Möglichkeiten an:

1. Der Schriftsatztausch könnte auf Klage und Klagerwiderung beschränkt werden. Die Parteien würden also nur einmal hin- und herschreiben.
2. Viele Länder setzen Fristen für die Sachbehandlung im Bagatellverfahren, wie z.B. Rumänien mit einer Frist von 30 Tagen bis zum Erlass eines Urteils.¹²⁴
3. Identische Fälle müssten (nicht zwingend rechtlich) aber technisch gebündelt werden. Es kann heutzutage nicht

¹²³ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege – Zivilgerichte, Fachserie 10, Reihe 2.1 (2017), 2018, S. 27.

¹²⁴ https://e-justice.europa.eu/content_small_claims-297-ro-de.do?member=1, zuletzt abgerufen am 20.08.2019.

sein, dass in Massenfällen wie etwa im Bereich der Fluggastrechte oder des VW-Abgasskandals,¹²⁵ der Richter jedes einzelne Verfahren isoliert durchführen muss. Folgende technische Hilfen kommen in Betracht:

- Völlig unproblematisch wären Programme, die (ohne dass der Richter eine aufwändige Suche durchführen muss) erkennen können, dass ein entsprechender Fall schon einmal entschieden worden ist. Der Richter müsste dann nur noch entscheiden, ob er sich an einem früheren Urteil orientieren will oder davon abweichen will.
- Wie auch Vergleichsvorschläge können auch gerichtliche Entscheidungen durch moderne digitale Rechtstechniken vorbereitet werden. Es spricht nichts dagegen, dass sich auch die Justiz in gewissem Umfang algorithmisierter Rechtsfindung bedient.¹²⁶ So könnte beispielsweise in Fluggastrechte-Fällen auch am Richterarbeitsplatz ein Programm anlaufen, das schon auf Basis der Formulareingaben die entsprechende Entschädigung errechnet. Der Richter müsste dann nur noch eventuelle Abweichungen prüfen.

Il n'est pas surprenant qu'une procédure aussi longue, surtout dans les petits litiges, ne présente guère d'intérêt pour de nombreux citoyens. Il existe plusieurs options pour l'accélérer dans le cadre d'une procédure dématérialisée des petits litiges :

¹²⁵ Budras, VW-Skandal wird zum Albtraum für Richter und Kläger, F.A.Z. Einspruch, 07.08.2019.

¹²⁶ So bereits Zwickel, in: Zwickel, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et al., Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017 in Leipzig, 2018, S. 179 (195 ff.).

1. *L'échange de conclusions pourrait se limiter à la demande en justice et à la défense. Les parties n'écriraient donc qu'une seule fois dans les deux sens.*
2. *De nombreux pays fixent des délais pour le traitement des petits litiges, par exemple la Roumanie avec un délai de 30 jours pour le prononcé d'une décision.*
3. *Des affaires identiques devraient être regroupées (pas nécessairement juridiquement mais techniquement). Aujourd'hui, il est concevable que le juge soit obligé, dans des contentieux de masse, de mener chacune des procédures séparément, par exemple dans le domaine des droits des passagers ou du scandale Volkswagen. Les dispositifs suivants peuvent être envisagés :*
 - *Des algorithmes capables de reconnaître qu'une affaire a déjà fait l'objet d'une décision ne poseraient aucun problème. Le juge n'aurait alors qu'à décider s'il veut suivre un jugement antérieur ou s'en écarter.*
 - *Tout comme les propositions de règlement à l'amiable, les décisions judiciaires peuvent également être préparées à l'aide de techniques juridiques numériques modernes. Il n'y a aucune raison pour que le pouvoir judiciaire n'ait pas recours, dans une certaine mesure, aux algorithmes utilisés par les Legal Techs, par exemple dans les dossiers relatifs aux droits des passagers aériens. Dans ces cas, un logiciel pourrait aider le juge à calculer l'indemnité due sur la base des données du formulaire. Le juge n'aurait alors qu'à vérifier d'éventuels écarts.*

Das Beschleunigungspotenzial ist, gerade im Bereich der Bagatellverfahren, also noch lange nicht genutzt.

Le potentiel d'accélération est encore loin d'être exploité.

IV. Ablaufskizze eines digitalisierten Bagatellverfahrens/ *Le déroulement d'une procédure dématérialisée pour les petits litiges*

Nach den obigen Ausführungen lässt sich insgesamt folgende Ablaufskizze eines digitalisierten Bagatellverfahrens entwerfen:

- Das Verfahren beginnt mit der Klageeinreichung über ein an den Streitgegenstand angepasstes Online-Strukturformular. Die Formularbefüllung könnte durch juristische Chatbots und entsprechende Ausfüllhinweise unterstützt werden. Beweismittel sollten elektronisch vorgelegt werden. Unmittelbar nach Absenden des Formulars durch den Kläger prüft der Richter, ob Hinweise angezeigt sind. Andernfalls wird dem Beklagten eine automatische Mitteilung vom Eingang einer Online-Klageschrift gemacht. Der Beklagte gibt nun, mit einem ihm zur Verfügung gestellten Zugang, seine Erwiderung auf die Klageschrift ein. Ihm stehen die Eingaben des Klägers sowie die gleichen Eingabefelder wie dem Kläger zur Verfügung. Der Beklagte reicht nun seine Klageerwiderung ebenfalls elektronisch ein.
- Beide Parteien erhalten, im Rahmen der Eingaben, automatische Hinweise zur Rechtslage. Es erfolgt ein (ggf. automatisierter) Verweis auf Angebote zur einvernehmlichen Streitbeilegung.
- Bei Fortgang des Verfahrens werden, ohne weiteren Schriftsatztausch, die beiden Formulare digital zu einem elektronischen Aktenspiegel verschmolzen. Der Richter kann nun nochmals Hinweise erteilen und auf digitalem Wege Vergleichsvorschläge machen.
- Die Beweiserhebung erfolgt ebenfalls weitgehend auf der elektronischen Verfahrensplattform. Ist eine Verhandlung zur Sache erforderlich, wird diese, auf dem gleichen Portal, per Videokonferenz durchgeführt.

- Den Abschluss des Verfahrens bildet ein digital signiertes Urteil, das den Parteien auf der Verfahrensplattform zur Verfügung gestellt wird. Das Urteil kann dabei mittels digitaler Gerichtstechnik vorbereitet werden. Der Gerichtsvollzieher kann, im Rahmen der Zwangsvollstreckung, dieses Urteil auf der Verfahrensplattform abrufen.

Partant de ce qui a été dit, il est possible d'établir les grandes lignes d'une procédure dématérialisée pour les petits litiges :

- *La procédure commence par le dépôt d'une demande en justice via un formulaire en ligne adapté à l'objet du litige. Des « chatbots juridiques » peuvent aider le justiciable à remplir le formulaire. Les preuves doivent également être soumises par voie électronique. Le défendeur sera automatiquement informé de la réception d'une assignation en ligne. Par le biais de l'accès au dossier, la partie défenderesse saisit sa réponse. Elle a accès aux données du demandeur ainsi qu'aux mêmes champs de saisie que le demandeur. Le défendeur soumet sa réponse aussi par voie électronique.*
- *Les deux parties reçoivent automatiquement des informations sur la situation de leur dossier et elles sont, le cas échéant, renvoyées devant un conciliateur et/ou médiateur de justice.*
- *Au fur et à mesure de l'avancement de la procédure, les deux formulaires sont fusionnés numériquement dans un fichier électronique sans autre échange d'actes. Le juge peut donner des indications et faire des propositions de règlement à l'amiable par voie numérique.*
- *Le recueil des éléments de preuve s'effectue également en grande partie sur la plateforme électronique. Si une audience sur le fond s'avère nécessaire, elle se déroulera par visioconférence sur le même portail.*

- *La procédure se termine par un jugement signé numériquement qui est mis à la disposition des parties sur la plateforme. Le jugement peut être préparé à l'aide d'une technologie judiciaire numérique. L'huissier peut récupérer ce jugement sur la plateforme procédurale dans le cadre de l'exécution forcée.*

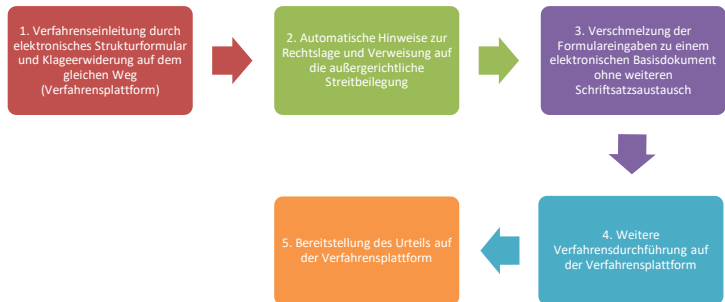


Abbildung 2: Ablaufskizze eines Online-Bagatellverfahrens/ Déroulement possible d'une procédure dématérialisée des petits litiges

V. Fazit / Conclusion

Derzeit scheint in Bezug auf digitale Bagatellverfahren noch das eingangs erwähnte Sprichwort *de minimis non curat praetor* zu gelten. Rechtsuchende Bürger müssen in Bagatellstreitigkeiten oft analog prozessieren. Zumindest zum Teil ist der Verfahrensrückgang vor den deutschen Amtsgerichten (von 1995 bis 2017 um 47 %) sicher auch auf das Abwandern von Rechtsstreitigkeiten zu einfacher zugänglichen Alternativen wie *Legal Tech* und ADR zurückzuführen. Will die Justiz zukunftsfähig sein, sollte auch sie sich der Bagatellverfahren annehmen und dem rechtsuchenden Bürger alsbald Anschluss an die digitale Justiz, auch wenn diese kein Richter-Roboter sein muss, verschaffen.

Actuellement, le vieil adage « de minimis non curat praetor » semble s'appliquer aux procédures dématérialisées de règlement des petits litiges. Les justiciables doivent actuellement saisir la justice de façon analogue. La baisse du nombre de procédures

introduites devant les tribunaux d'instance allemands (-47 % entre 1995 et 2017) est certainement du, au moins en partie, à la migration des litiges vers des alternatives plus facilement accessibles comme les Legal Tech. Si le pouvoir judiciaire veut préparer l'avenir, il doit, lui aussi, s'occuper des petits litiges et brancher le citoyen à la justice numérique.

**Berichte über die Gruppenarbeiten
zum Zugang zu Gericht /
*Rapports sur les travaux en groupe
sur l'accès au juge***

La communication électronique dans la justice allemande et française

MARIE-NOËL KOFFI

Les communications électroniques en matière de procédure civile s'inscrivent dans une politique de dématérialisation des actes juridiques et des actes de procédures, liée au développement des nouvelles technologies de l'information. En France, la dématérialisation des actes a été introduite par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.¹ Si cette loi a inséré dans le Code Civil, des dispositions relatives au caractère probatoire de l'écrit sous forme électronique, elle garantit une équivalence des écrits établis sous forme électronique et sous format papier. Quant à la loi du 21 juin 2004 pour la croissance dans l'économie numérique,² elle va plus loin en permettant l'établissement des actes juridiques sous formes électronique. Le recours aux communications électroniques, a ainsi été autorisé en matière de procédure civile.

Il convient donc de s'interroger sur le champ d'application des communications électroniques (I). Il s'agira ensuite de pré-

¹ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la croissance dans l'économie. Voir aussi article 1174 Code civil : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au deuxième alinéa de l'article 1369.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

senter les canaux utilisés pour les communications électroniques (II), puis de relever l'impact de la dématérialisation sur les principes directeurs du procès civil et sur le justiciable (III). Il s'agira d'étudier enfin, les perspectives (IV).

I. Le champ d'application des communications électroniques

Le domaine d'application des communications électroniques en procédure civile est prévu par l'article 748-1 du Code de procédure civile qui dispose que : « *les envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l'usage de ce mode de communication* ». Il résulte de ce texte que les communications électroniques concernent toutes les juridictions civiles et toutes les procédures civiles. Le texte énumère trois modes de transmission, à savoir les envois, remises et notifications. Ces notions ne sont pas définies, mais il est possible de déduire que le terme envoi est utilisé dans le cadre des transmissions par voie postale alors que la remise renverrait plutôt à un dépôt en mains propres. Quant à la notification, il s'agit d'une notion juridique qui englobe à la fois la remise et l'envoi.

Par ailleurs, les actes entrant dans le champ d'application de l'article 748-1 du Code de procédure civile sont les pièces, avis, avertissements, convocations, rapports, procès-verbaux, les copies et expéditions revêtus de la formule exécutoire. À ce sujet, l'article 930-1 du Code de procédure civile régissant la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, rend obligatoire la transmission par voie électronique des actes de procédure civile devant la cour d'appel, à peine d'irrecevabilité,

sauf lorsque l'acte « ne peut être transmis par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui l'accomplit ».³

Il faut dire que si cette disposition semble accessible, en pratique la délimitation des frontières n'est pas aussi simple, de sorte que la Cour de cassation a dû préciser les contours du caractère obligatoire de la communication électronique en appel et notamment ce qu'on entend par cause étrangère.⁴

En France, les communications électroniques sont également obligatoires devant le Tribunal de grande instance lorsque les parties sont représentées, hormis dans l'hypothèse où l'acte ne peut être transmis en raison d'une cause étrangère à l'auteur.⁵ En revanche, devant le Tribunal du commerce l'envoi des actes de procédure par voie électronique demeure une faculté.

Si le paysage juridique français est favorable aux communications électroniques, qu'en est-il de l'Autriche et de l'Allemagne ?

En Autriche, 94 % des demandes sont formulées par voie électronique et les communications électroniques sont obligatoires pour les avocats, banques et assurances. 60 % des notifications entre les professionnels du droit et les plaideurs sont faites par voie électronique, ce qui témoigne d'une forte adaptation de la justice civile autrichienne à l'ère du numérique.

Cependant, en Allemagne, on observe une certaine réticence quant au recours aux communications électroniques. En effet, tous les actes de procédure sont établis sur support papier à l'exception des procédures d'injonctions de payer qui sont entièrement dématérialisées. Si les avocats disposent d'une boîte aux lettres destinée à la réception des documents émanant des

³ Cf. article 930-1 du Code de procédure civile.

⁴ Cass. 2^e civ., 16 novembre 2017, n° 16-24.864. Voir aussi Cass. 2^e civ., 7 décembre 2017, n° 16-19.336.

⁵ Cf. article 796-1 du Code de procédure civile.

juridictions, en pratique, cette boîte aux lettres demeure peu utilisée par les juridictions. Les avocats ont tout de même la possibilité de recevoir les communications par voie électronique. Cependant, dans la mesure où il s'agit d'une faculté et non d'une obligation, les justiciables l'utilisent peu.

Après avoir identifié le champ d'application des communications électroniques en Allemagne, en Autriche et en France, il convient de présenter les moyens de communications qui existent en France.

II. Les canaux de communication

Le Réseau privé virtuel des avocats (RPVA) et le portail *justice.fr* sont des canaux utilisés pour l'envoi et la réception des actes de procédure par voie électronique.

Le RPVA a été mis place afin de faciliter les communications entre les avocats mais aussi entre ceux-ci et les juridictions. Il fonctionne via la plateforme e-barreau et reste un moyen rapide et sécurisé pour les communications électroniques. Il convient de préciser que les avocats ne sont pas systématiquement inscrits. Pour y adhérer, ils doivent faire la demande d'une clé électronique payante.

Le RPVA fonctionne avec e-barreau et Com-Ci. La plateforme e-barreau permet aux avocats non seulement d'envoyer des actes de procédure aux juridictions mais aussi de suivre l'état d'avancement des démarches sans avoir à se déplacer. Quant aux juridictions, elles se servent du module Com-Ci pour communiquer avec les avocats. Com-Ci et e-barreau sont actuellement utilisés pour les procédures devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel.

Par ailleurs, le lancement du portail *justice.fr* en mai 2016 représente en réalité la première étape du projet Portalis qui lui-même prend sa source dans la loi de modernisation de la justice

du XXI^e siècle. En effet, le projet Portalis vise trois objectifs à savoir l'accessibilité de la justice en offrant au justiciable la possibilité de suivre l'évolution de son affaire en tout lieu sans avoir à se déplacer, la modernisation de la justice en développant des moyens de communications avec les juridictions, le rapprochement accentué de la justice avec le justiciable par la dématérialisation depuis la saisine jusqu'à la mise à disposition de la décision via un espace dédié.

Le portail *justice.fr* guide le justiciable durant sa procédure en mettant à sa disposition toutes les informations nécessaires relatives aux procédures civiles et pénales. Ce site fonctionne en proposant un questionnaire qui, en fonction des réponses transmises par les usagers, donne des informations claires sur la démarche à suivre notamment la juridiction compétente, le mode de saisine ainsi que les pièces à fournir. Le portail *justice.fr* met également à la disposition des usagers, un simulateur pour le calcul de la pension alimentaire et pour la prétention au bénéfice de l'aide juridictionnelle.

III. L'impact de la dématérialisation

Les communications électroniques conservent plusieurs avantages. Il s'agit d'un moyen rapide et efficace d'échanger des informations, des documents et constitue pour le justiciable, les professionnels du droit et même les juridictions un gain de temps considérable. La dématérialisation garantit ainsi le déroulement rapide du procès, ce qui contribue à faire respecter le droit pour le justiciable d'être jugé dans un délai raisonnable.⁶ Elle rend la justice plus accessible notamment par les moyens déployés en vue de rapprocher davantage la justice du justiciable.

On observe néanmoins des obstacles à la dématérialisation. Il est clair que l'essor des technologies de l'information a permis

⁶ *De Leiris*, Communication électronique, Dalloz, 2018.

d'imposer les communications électroniques pour certaines situations. Mais que faire face à l'*illectronisme* ?⁷ La généralisation des communications électroniques conduirait à exclure les personnes n'ayant pas les connaissances nécessaires à l'utilisation de ces services, y compris celles qui sont incapables de rédiger correctement des actes de procédure. Quand bien même les conclusions seraient structurées, cela conduirait à évincer la liberté du contribuable.

Par ailleurs, si la dématérialisation conserve l'inconvénient majeur de la déshumanisation, on note également qu'il y a un risque de piratage de données. Il faut donc s'assurer que la plateforme ou le module servant à la communication est sécurisé. Or, la mise en place de ce système de sécurité a forcément un coût.

L'état du droit positif autrichien, allemand et français ayant été exposé, il convient de présenter les projets de loi relatifs aux communications électroniques dans ces pays.

IV. Les perspectives

L'Autriche envisage de rendre les communications électroniques obligatoires pour tous les actes de procédures civiles en 2022.

En Allemagne, des discussions sont actuellement en cours pour rendre obligatoires les communications électroniques. À l'horizon 2022, les juridictions seront tenues de communiquer par voie électronique pour toutes les demandes en justice.

En France, la deuxième étape du projet Portalis est de mettre à la disposition de l'ensemble des juridictions un portail réservé aux agents du service d'accueil afin qu'ils soient en mesure de renseigner les justiciables sur l'évolution de leur affaire peu importe la juridiction saisie. Le portail *justice.fr* devrait permettre

⁷ L'illectronisme est un néologisme désignant les personnes dépourvues des clés nécessaires à l'utilisation et à la création des ressources électroniques.

au justiciable de communiquer avec les juridictions en lui permettant notamment d'avoir accès « à son affaire en ligne, télécharger ses documents tels que les convocations, recevoir des rappels de convocation à l'audience, [transmettre] sa requête et les pièces justificatives à la juridiction concernée ».⁸

Par ailleurs, dans ce vaste mouvement de réforme, le gouvernement français, dans le cadre des chantiers de la justice ouverts le 6 octobre 2017, envisage d'adapter la justice civile française à l'ère du numérique. Dans cette optique, la loi de programmation de la justice 2018-2022⁹ prévoit en son article 26 la suppression des audiences pour les petits litiges avec l'accord des parties. Cette solution est tout à fait inconcevable en Autriche

puisque la suppression des audiences soulève la question de la publicité du procès qui reste un principe fondamental de la procédure civile.

⁸ *Ghaleh-Marzban*, Portalis, le projet de modernisation de la justice, Dalloz, IP/IT 2018, p.152.

⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Les visioconférences comme moyen de faciliter l'accès à la justice civile

JULIE COURTOIS

La visioconférence est une technique de communication par écrans interposés. Dans la sphère judiciaire, elle doit permettre à des justiciables d'assister à leur procès et de communiquer avec le juge par écran et en direct. Cette technique a déjà fait l'objet de nombreuses analyses juridiques depuis ses premières implantations au début des années 2000 en France¹ et s'inscrit, presque naturellement, dans l'évolution de la justice numérique.² Pourtant, vingt ans après, la question de sa légitimité est encore posée; quant à son rôle dans l'accès à la justice civile, il reste encore à l'établir.

En droit allemand, si la pratique de la visioconférence est perçue comme une aide offerte au justiciable, en droit français,

¹ L'usage de la visioconférence en France a commencé à titre expérimental dans certains territoires d'outre-mer (ordonnance 98-729 du 20 août relative à l'organisation juridictionnelle dans les territoires d'outre-mer et les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre et Miquelon ; décret d'application 2001-431 du 18 mai 2001).

² Par ex., le Pr. *H. Croze* questionne la place de la visioconférence dans la communication électronique et son influence dans la structuration des actes de procédure (Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies, *Procédures* 2010, dossier 4) ; *Amrani-Mekki*, L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure, in: *Gaboriau/Pauliat*, La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?, 2011 ; plus récemment voir: les cinq chantiers de la justice, not. celui intitulé « Transformation numérique » (disponible sur La Documentation française) et considéré par la ministre de la justice comme le chantier « prioritaire » de réforme de la justice française ; *Amrani-Mekki*, Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ?, Gazette du Palais 6 déc. 2018, p. 67.

son rôle et sa place dans le fonctionnement de la justice apparaissent plus discutables. Cette différence de vision résulte d'une divergence de culture juridique d'une part, matérialisée en premier lieu dans la conception de l'accès au juge, mais également des conditions de sa mise en œuvre dans chacun des deux pays, d'autre part. Au niveau de la culture juridique allemande, la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) consacre dans son article 103 le droit d'être entendu devant les tribunaux³ qui semble se confondre avec le fameux droit au juge.⁴ Érigé en garantie fondamentale, ce droit d'être entendu devant les tribunaux offre un cadre, un socle dans lequel la pratique de la visioconférence peut se développer. Ainsi, les risques de méconnaître un droit fondamental sont amoindris : la visioconférence ne peut que se conformer aux exigences imposées par cette garantie fondamentale inscrite dans l'équivalent de notre Constitution. Or, en France, la Constitution de 1958 ne mentionne nulle part cet accès au juge : c'est au Conseil constitutionnel qu'est revenu le rôle de reconnaître le caractère fondamental du droit à un recours effectif sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.⁵ En outre, le recours à un juge assure, selon les Sages, « la garantie effective des droits des

³ Loi fondamentale pour la République Fédérale d'Allemagne, art. 103 (1). Version française consultée et disponible à l'adresse suivante : https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f056875787761b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf consulté le 4 juin 2019.

⁴ *Cadiet/Normand/Amrani-Mekki*, *Théorie générale du procès*, 2013, p. 568, n°149.

⁵ Cons. const. n°96-373, DC 9 avril 1996, « Autonomie de la Polynésie française », cons. 83 : « Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » ; *Chagnoulaud/Drago*, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 506.

intéressés ».⁶ Si certains auteurs constatent que la différence de vocable – en l'espèce, entre le droit allemand qui mentionne le « droit d'être entendu devant les tribunaux » et le droit français qui consacre le « droit au recours effectif devant une juridiction » – n'influence pas, en substance, la finalité de ces droits fondamentaux,⁷ l'absence de consécration dans la loi fondamentale française du droit d'être entendu devant les tribunaux pose la question de l'encadrement effectif de la visioconférence... quand bien même la Cour européenne des droits de l'homme a déjà reconnu la compatibilité d'un tel procédé (en matière pénale) avec la notion du procès équitable.⁸ En d'autres termes, si la pratique de la visioconférence peut être conçue, en droit allemand, comme le prolongement du droit d'être entendu par un tribunal, elle ne s'appuie, en droit français, que sur une logique gestionnaire de la justice.⁹ Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter l'avis du Conseil d'État français du 21 février 2018 qui valide la possibilité d'aménager les exigences du procès équitable au motif, notamment d'un « bon usage des deniers publics ».¹⁰

⁶ *Chagnoullaud/Drago*, Dictionnaire des droits fondamentaux, 2006, p. 505; Cons. const. n°89-261, DC du 28 juillet 1989, cons. 29.

⁷ *Cadiet/Normand/Amrani-Mekki*, Théorie générale du procès, 2013, p. 568.

⁸ CEDH, 2 nov. 2010, *Sakhnovski c. Russie*, n° 21272/03, § 98 : « Quant au recours à la vidéoconférence, la Cour rappelle que cette forme de participation à la procédure n'est pas, en soi, incompatible avec la notion de procès équitable et public, mais il faut s'assurer que le justiciable est en mesure de suivre la procédure et d'être entendu sans obstacles techniques et de communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat ».

⁹ Pour *Amrani-Mekki*, si les nouvelles technologies peuvent contribuer au respect des garanties du procès équitable (via la proximité accrue de la justice, la réduction du coût des auditions de témoin, la rapidité de la justice ; L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure, in: Gaboriau/Pauliat, La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI^e siècle ?, 2011, pp. 166-168), la question de la compatibilité de la visioconférence aux garanties du procès équitable persiste (p. 184).

¹⁰ CE, avis consultatif du 21 février 2018 concernant le « Projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif ».

Enfin, la différence dans l'approche de la visioconférence en France et en Allemagne se retrouve au niveau des modalités de sa mise en œuvre. Ainsi, en Allemagne, le justiciable peut bénéficier de la visioconférence depuis chez lui, en cas d'impossibilité matérielle de se rendre au tribunal. En France, l'article L.111-12 du Code de l'organisation judiciaire¹¹ fonde la possibilité, en droit commun, de recourir à la visioconférence en matière judiciaire et dispose :

« Les audiences devant les juridictions judiciaires, sans préjudice des dispositions particulières du code de la santé publique du code de procédure pénale et du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, peuvent, par décision du président de la formation de jugement, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties, se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission.

L'une ou plusieurs de ces salles d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie.

Pour la tenue des débats en audience publique, chacune des salles d'audience est ouverte au public. Pour la tenue des débats en chambre du conseil, il est procédé hors la présence du public dans chacune des salles d'audience.

Les prises de vue et les prises de son ne peuvent faire l'objet d'aucun enregistrement ni d'aucune fixation, hors le cas prévu par les articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».

¹¹ Créé par la loi n°2007-1787 du 20 déc. 2007 relative à la simplification du droit, art. 25.

La lecture de cet article suscite deux remarques : la première concerne la prise en compte *facultative* de la volonté des parties dans le déclenchement de ce procédé (alinéa 1^{er}) et la seconde questionne son réel impact économique. En effet, alors que la raison d'être de ce procédé est généralement celle d'une réduction des coûts de la justice, quel est l'intérêt d'organiser une visioconférence entre deux salles d'audience, qui nécessite de réquisitionner encore plus de personnel ? La réponse à l'éloignement, en cas de demande de récusation du juge par exemple, a été un cas de figure (très spécifique) expérimenté par certains.¹² À un niveau plus théorique, une des justifications avancées résiderait dans la publicité de la justice, justification qui a, notamment, conduit à mettre un terme à la pratique de la visioconférence en matière d'asile et d'immigration dans les centres de rétention administrative.¹³ Quant au consentement des parties, si l'enjeu n'est évidemment pas le même en matière pénale qu'en matière civile, les décisions rendues par le Conseil d'État français font craindre une relégation du critère du consentement – pourtant érigé en condition de la mise en œuvre du système de visioconférence par le Conseil constitutionnel¹⁴ – à un simple critère supplétif, effaçable devant des exigences gestionnaires ou des objectifs à valeur constitutionnelle¹⁵ :

« 23. Le recours élargi à la vidéo-audience, même sans le consentement du demandeur, ne paraît pas au Conseil d'État se heurter à un obstacle de principe, de nature constitutionnelle ou conventionnelle.

¹² *Dufour*, Faut-il supprimer la visioconférence ?, Gazette du Palais, 26 oct. 2017, p. 9.

¹³ Cons. const. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. 79-83 ; Civ, 1^{ère}, 16 avril 2008, n° 06-20.978 (quatrième moyen).

¹⁴ Cons. const. n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, cons. 79.

¹⁵ Étude d'impact, « Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 », 23 avril 2018, p. 278, disponible à l'adresse suivante : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/20180420_pjljustice_pjl_etude_impact.pdf consulté le 4 juin 2019.

Si les exigences d'un procès juste et équitable supposent en effet que le justiciable puisse participer de manière personnelle et effective au procès, ce droit peut être aménagé pour poursuivre des objectifs également légitimes aux plans constitutionnel et conventionnel, tels que - comme en l'espèce - la bonne administration de la justice (en évitant l'allongement des délais dus aux reports d'audience qu'entraînent les difficultés de déplacement des demandeurs), la dignité des demandeurs (en évitant des déplacements sous escorte) et le bon usage des deniers publics (en réduisant les coûts pour l'administration) ». ¹⁶

Dans ces circonstances, il paraît difficile de plaider en faveur d'une visioconférence comme « moyen de faciliter l'accès à la justice ». Bien entendu, les avantages quantitatifs d'un tel dispositif ne manquent pas : faciliter la saisine du juge, avec l'argument psychologique - mais non négligeable - de rendre la figure du juge moins « impressionnante » pour les justiciables ; mettre en place des audiences plus rapides et moins chères ; améliorer la gestion des flux et considérer le recours à la visioconférence comme un palliatif à la réduction du budget et du nombre de magistrats dans les tribunaux. Mais *quid* des avantages qualitatifs ? Qu'il s'agisse des constats de problèmes techniques (grésillements, coupures) ; de l'impact, justement, sur l'autorité des juges et leur désacralisation ; de la mise en place d'une frontière « digitale » constituée par un écran, ou encore de son rejet par les praticiens, ¹⁷ la visioconférence est loin de susciter l'unanimité.

D'un point de vue fondamental, une telle pratique peut conduire à une transformation des procédures civiles orales devant

¹⁶ CE, avis consultatif du 21 février 2018 concernant le « Projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif ».

¹⁷ *Coustet*, CNDA : les avocats reconduisent la grève des vidéoconférences, Dalloz actualité, 20 mars 2019.

le juge ou, en tout cas, à leur questionnement.¹⁸ Or, en matière civile, ces procédures concernent, jusqu'au 1^{er} janvier 2020,¹⁹ les contentieux devant le tribunal d'instance, c'est-à-dire les contentieux portant sur des « petits litiges » (entendons ceux inférieurs à une valeur de 10 000 euros). Ces petits litiges sont, depuis la loi sur la justice du XXI^e siècle de 2016, précédés nécessairement d'une tentative de conciliation entre les parties – une des justifications avancées étant en plus d'améliorer la gestion des flux des tribunaux, celle de conduire à une justice *apaisée*. Devons-nous nous attendre, également, à l'emploi systématique de la visioconférence en matière de tentative de conciliation, processus qui vise à rapprocher les justiciables ?

Comme on le voit, ce procédé soulève beaucoup de questions et ne semble apporter, à l'heure actuelle et au sein de l'ordre juridique français, aucune réponse évidente. Une nécessité s'impose toutefois, dans l'hypothèse où les nouvelles formes d'audience dématérialisées seraient accrues : celle de recueillir le consentement des parties. En outre, nous pensons que ce type de procédé doit être envisagé selon le type, la nature du contentieux et non dans un simple but d'économie de la justice. Ces préconisations sont d'autant plus importantes qu'en ce jour, nous tenions à rappeler la désapprobation, quasi-unanime, des avocats lyonnais qui refusent de plaider la défense de leur client, étranger et demandeur d'asile, devant un écran.²⁰

¹⁸ En ce sens, voir *Amrani-Mekki*, L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure, art. préc., p. 159 : « L'usage de la visioconférence, du téléphone, d'enregistrement sonores sont autant de manifestations de l'oral dans le procès civil. Si le média est celui des nouvelles technologies, c'est l'oralité qui serait exaltée bien que déformée puisque dépouillée du contact physique. La parole est figée dans l'éventuel enregistrement. Elle marque surtout une distance entre les interlocuteurs ».

¹⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 95, I.

²⁰ *Coustet*, CNDA : les avocats reconduisent la grève des vidéoconférences, Dalloz actualité, 20 mars 2019.

Atelier 2.2:

**Neues gerichtliches Verfahren – In Richtung
Robo-Judge? /**

***Nouvelles procédures juridictionnelles – le juge
parfait sera-t-il un robot ?***

Die Strukturierung von Schriftsätzen als Voraussetzung des computerisierten Zivilprozesses

REINHARD GAIER



Ein Video mit einer Kurzzusammenfassung des Beitrags ist
unter <https://youtu.be/RGgfKHiwruo> verfügbar.

Richterliche Prozessführung im digitalen Zeitalter / *La conduite du procès judiciaire à l'ère du numérique*

REINHARD GREGER



Ein Video mit einer Kurzzusammenfassung des Beitrags ist unter <https://youtu.be/rvrMqTMxoUY> verfügbar.

I. Wo steht die Justiz heute? / *Où en est la justice aujourd'hui ?*

Die Digitalisierung bietet nahezu unbegrenzte Möglichkeiten, um Informationen zu beschaffen, zu sammeln, auszutauschen und zu verarbeiten. In vielen Lebensbereichen wird davon intensiv Gebrauch gemacht, in der Kommunikation, in den Medien, in der Technik, in der Wirtschaft, in der Medizin, beim

Einkaufen, im Hotel- und Gaststättengewerbe, an den Universitäten usw. Nur in der Justiz scheint die Uhr im analogen Zeitalter stehen geblieben zu sein.

La numérisation offre des possibilités quasiment illimitées concernant l'obtention, la collecte, l'échange et le traitement des informations. On l'utilise de manière intensive dans de nombreux domaines comme par exemple dans la communication, les médias, la technologie, l'économie, la médecine, le shopping, l'hôtellerie et la gastronomie, les universités, etc. Ce n'est que dans la justice que l'horloge semble s'être arrêtée.

Es gibt zwar ein Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten aus dem Jahre 2013.¹ Dieses hat aber nicht nur die Chancen der Digitalisierung völlig ignoriert, sondern ein unzumutbares Gemisch aus digitalen und analogen Strukturen erzeugt.

Certes, il existe depuis 2013 une loi relative à la promotion des transactions juridiques électroniques avec les tribunaux, cependant elle a non seulement complètement ignoré les opportunités de la numérisation, mais a également créé un mélange inapproprié de structures numériques et analogiques.

Das Gesetz regelt im Wesentlichen die Übermittlung von Dokumenten zwischen Prozessbeteiligten und dem Gericht.² Gut daran ist natürlich, dass es das antiquierte und störanfällige System von Schriftsätzen, Abdrucken, Ausfertigungen und Beglaubigungen, Anwaltspostfächern und Nachtbriefkästen sowie die unsägliche Praxis der Telefax-Einreichung von Schriftsätzen durch die Zulassung elektronischer Übermittlung abschaffen will. Auch die Einbindung aller 160.000 deutschen Rechtsanwälte in das Netzwerk eines besonders gesicherten elektronischen Anwaltspostfachs³ ist eine echte Innovation (wenngleich

¹ Gesetz v. 10.10.2013 (BGBl. I 3786).

² § 130a ZPO. Eingehend Bacher NJW 2015, 2753 ff.

³ § 31a BRAO. S. hierzu Brosch/Sandkühler NJW 2015, 2760 ff.

die Einführung wegen technischer Mängel um fast ein Jahr verschoben werden musste).

Cette loi régleme essentiellement la transmission de documents entre les parties au procès et le tribunal. L'idée d'une suppression du système actuel, à la fois vétuste et fragile, qui repose sur la réimpression de conclusions, la préparation de copies et d'authentifications, la remise des documents dans des « toques » d'avocats ou dans des boîtes aux lettres de nuit ainsi que sur la pratique inimaginable de transmission des mémoires par téléfax, au profit d'une transmission électronique est bien évidemment à saluer. L'intégration des 160 000 avocats allemands dans le réseau d'une « boîte aux lettres électronique » particulièrement sûre est une véritable innovation, alors même que l'introduction a dû être reportée de presque un an en raison de problèmes techniques.

Doch die Innovation bleibt auf halbem Wege stehen: Im Gericht angekommen stoßen elektronisch eingereichte Dokumente wieder auf die analoge Welt vergangener Zeiten. Ein Justizbediensteter ruft das elektronische Dokument auf, prüft ggf. die ordnungsgemäße Signatur, druckt das Schriftstück und seine Anlagen in der benötigten Zahl aus, prüft und bestätigt die Richtigkeit des Ausdrucks, gibt ihn in die Geschäftsstelle, die ihn in die Prozessakte einfügt und dem Richter vorlegt.⁴ Nicht zu Unrecht wird gespottet, dass die Gerichte zu Copy-Shops der Anwaltschaft geworden sind. Auch viele Rechtsanwälte bleiben lieber bei der herkömmlichen Form der Schriftsätze statt ihren Kanzleibetrieb auf die Anforderungen des elektronischen Versands umzustellen. Am Amtsgericht Erlangen gingen in der letzten Zeit pro Woche nur zwei elektronische Dokumente ein.

Mais l'innovation s'arrête à mi-chemin : une fois au tribunal, les documents déposés par voie électronique se retrouvent à nouveau dans le monde analogique. Un fonctionnaire de justice ouvre

⁴ § 298 ZPO. Eingehend zur Sachbehandlung bei Gericht *Mardorf* JM 2018, 140 ff.

le document électronique, vérifie que la signature a été apposée en bonne et due forme, imprime le nombre requis de copies du document et de ses annexes, vérifie et confirme l'exactitude de l'impression et la transmet au greffe qui l'ajoute au dossier et la soumet au juge. Ce n'est pas sans raison que l'on se moque du fait que les tribunaux sont devenus les « copy-shops » du barreau. De nombreux avocats préfèrent également s'en tenir à la forme traditionnelle des pièces écrites plutôt que d'adapter le fonctionnement de leur cabinet aux exigences d'une transmission électronique. À titre d'exemple, il est à noter que le tribunal de première instance d'Erlangen ne reçoit actuellement que deux documents électroniques par semaine.

II. Welche Entwicklung zeichnet sich ab? / Quelle évolution peut-on prévoir ?

Das Gesetz von 2013 hat aber den Anschluss der Justiz an die digitale Welt bereits für die nächsten 10 bis 15 Jahre vorgezeichnet. Spätestens zum 1.1.2022 werden Anwälte, Behörden und juristische Personen verpflichtet sein, elektronisch zu kommunizieren.⁵ Die Gerichte werden Geräte und Personal zum Ausdrucken dann gewaltig aufstocken müssen, denn es wird dann der ganze Postverkehr auf dem elektronischen Postfach eingehen – freilich wiederum nur vorübergehend: Denn ab 1.1.2026 soll das Nebeneinander von digitaler Übermittlung und analoger Verarbeitung, die Copy-Shop-Funktion der Gerichte, ein Ende finden. Spätestens von diesem Tag an sind nach dem genannten Gesetz die Prozessakten elektronisch zu führen.⁶

La loi de 2013 a pourtant acté le passage de la justice au monde numérique pour les 10 à 15 prochaines années. Au plus tard au 1^{er} janvier 2022, les avocats, les administrations judiciaires et les personnes morales seront obligés de communiquer par voie électronique. D'ici là, les tribunaux devront alors augmenter le nombre

⁵ § 130d ZPO, Art. 26 Abs. 7 Gesetz v. 10.10.2013 (BGBl. I 3786).

⁶ § 298a Abs. 2 ZPO; Müller, JuS 2015, 609, 612 ff.; Viefhues, DRiz 2015, 312 ff.

d'équipements et de personnel disponibles pour l'impression car toute la correspondance sera alors reçue dans la boîte aux lettres électronique - même si ce n'est que temporairement : à partir du 1^{er} janvier 2026, la coexistence de la transmission numérique et du traitement analogique et la fonction de Copy-Shops des tribunaux seront, elles aussi, terminée. Au plus tard à partir de ce jour, les dossiers judiciaires devront être gérés sous forme électronique.

Leider zeichnet sich aber ab, dass die Justiz auch dadurch nicht auf die Sonnenseite der digitalen Welt, sondern eher in deren Schatten geführt wird. Die von manchen als Weg in die digitale Zukunft gepriesene E-Akte führt in Wirklichkeit in eine Sackgasse.⁷ Dies liegt daran, dass die E-Akte, so wie sie jetzt geplant ist und in Modellversuchen bereits erprobt wird, nichts anderes darstellt als das digitale Abbild der herkömmlichen Papierakte. Zwar können Eingänge ohne Medienbruch in die Gerichtsakte überführt und Dokumente aus ihr heraus elektronisch versandt werden; auch lässt sich der Akteninhalt mit Suchfunktionen besser erschließen und mit „copy & paste“ manches Gerichtsdokument leichter erstellen.⁸ Viel wertvollere Möglichkeiten der digitalen Informationsverarbeitung bleiben aber ungenutzt, wenn die Sammlung von Schriftsätzen aus Papier durch eine Sammlung inhaltsgleicher PDF-Dateien ersetzt wird.

Malheureusement, il s'avère que cette mesure ne suffit pas à préparer la justice pour l'avènement du monde numérique, bien au contraire. Le dossier électronique, que certains considèrent comme un moyen d'accéder à l'avenir technologique, mène en réalité à une impasse. Cela s'explique par le fait que le dossier électronique, tel qu'il est actuellement prévu et testé dans le cadre d'expérimentations, ne représente rien d'autre qu'une représenta-

⁷ Kritisch auch *Effer-Uhe*, MDR 2019, 69; *Gundlach*, DRiZ 2015, 96 ff.

⁸ Zu Vor- und Nachteilen elektronischer Aktenführung, s. *Stöhr* in: *Buschmann et al.* (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, S. 55, 58 ff.

tion numérique du dossier papier classique. Il est vrai que les courriers peuvent être transférés dans le dossier judiciaire sans changement de média et que les documents qu'il comporte peuvent être envoyés électroniquement. De plus, la possibilité d'utiliser la fonction de recherche dans le contenu du dossier est ouverte et certains documents judiciaires peuvent être créés plus facilement avec la fonction « copier-coller ». Cependant, des possibilités beaucoup plus précieuses de traitement numérique de l'information restent inutilisées lorsque l'ensemble des documents papier est remplacé à l'identique par un ensemble de fichiers PDF.

In mehreren Modellversuchen wird die elektronische Prozessakte bereits erprobt. Dabei hat der Richter auf seinem Schreibtisch zwei Monitore: Auf dem einen wird der Akteninhalt, im Wesentlichen also die Schriftsätze der Parteien, wiedergegeben, auf dem anderen erstellt er seine eigenen Texte, die dann anschließend in die elektronische Akte eingefügt und an die Beteiligten hinausgegeben werden. Auch in der Sitzung hat er den Akteninhalt auf einem Monitor vor sich.

Le dossier électronique est déjà à l'essai dans plusieurs projets pilotes. Dans ce cadre, le juge dispose de deux écrans sur son bureau : l'un montre le contenu du dossier, c'est-à-dire essentiellement les conclusions des parties, et l'autre permet au juge de créer ses propres documents qui seront ensuite insérés dans le dossier électronique et transmis aux parties concernées. Lors de l'audience, il a également le contenu du dossier sur un écran devant lui.

Die bisherigen Erfahrungen sind zwiespältig. Manche Richter (vor allem aus der Generation, die schon mit dem PC im Kinderzimmer aufgewachsen ist), kommen damit sehr gut zurecht, arbeiten teilweise mit selbst gestrickten Programmen, mit denen sie den Prozessstoff strukturieren. Andere kämpfen verzweifelt mit den Tücken einer Technik, die so gar nichts mit dem zu tun hat, was ihrem Bild von der Arbeit eines Richters ent-

spricht. Für Viele ist der Drucker auf dem Schreibtisch das wichtigste Arbeitsmittel, weil sie sich damit ihre eigene Papierakte erstellen.

Les expériences qui ont été menées jusque-là donnent lieu à une appréciation contrastée. Certains juges (en particulier ceux de la génération qui a grandi avec les nouvelles technologies) se sont très bien adaptés à cette situation, travaillant en partie avec des logiciels qu'ils ont « bricolés » eux-mêmes et avec lesquels ils structurent les pièces du procès. D'autres se battent désespérément avec les perfidies d'une technique qui n'a rien à voir avec ce qui correspond à leur image du travail d'un juge. Pour de nombreux juges, l'imprimante sur le bureau est l'outil le plus important car elle leur permet de créer leur propre dossier papier.

Insgesamt hat sich gezeigt, dass die richterliche Arbeit durch die E-Akte kaum erleichtert wird, sondern dass sie erhebliche Zusatzbelastungen hervorruft. Die Anforderungen an die inhaltliche Bewältigung des Prozessstoffs sind nicht geringer geworden, aber der Richter muss sich viel mehr mit den technischen Anforderungen der elektronischen Aktenführung, von der Erstellung und Speicherung der Dokumente bis zur elektronischen Signatur und zur Zustellung an die Parteien beschäftigen.⁹ Dass die Systeme noch dazu sehr störanfällig sind, mag mit dem Probebetrieb zusammenhängen. Jeder, der mit Computern arbeitet, weiß aber, wie viel Zeit und Nerven ihn oftmals das undurchschaubare Eigenleben dieser Geräte kostet. Für den unter Arbeitsdruck stehenden, an hochkomplizierten Fällen arbeitenden Richter ist dies eine eminente Belastung. Für viele Richter ist die Vorstellung, die vertraute Arbeit mit Papier, Kugelschreiber und Diktiergerät gegen den permanenten Blick auf zwei Bildschirme, das Beherrschen virtueller Abläufe durch Tastaturbefehle und Mausklicks und die Tücken einer Spracherkennungssoftware eintauschen zu müssen, eine wahre Horrorvision. Immer wieder

⁹ Korves in: Buschmann et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, S. 41, 44.

höre ich von Richtern, dass sie hoffen, dies nicht mehr erleben zu müssen.

Dans l'ensemble, on peut constater que le travail du pouvoir judiciaire ne se trouve guère facilité par le dossier électronique, mais qu'il entraîne au contraire des charges supplémentaires considérables. Les exigences quant au contenu des pièces ne sont pas diminuées et le juge doit en plus s'occuper de plus en plus de la gestion technique des dossiers électroniques, c'est-à-dire de la production et de la sauvegarde des documents jusqu'à la signature électronique et de la notification aux parties. Le fait que les systèmes soient très sensibles aux pannes peut être lié à une première phase de mise en place. Néanmoins, quiconque travaille sur ordinateur sait combien de temps et de nerfs la vie insondable de ces appareils coûte souvent. Pour le juge qui travaille sur des affaires très compliquées et sous pression, il s'agit d'une charge énorme. Pour de nombreux juges, l'idée de devoir modifier leur mode de travail habituel, de remplacer le papier, les stylos et les dictaphones par un regard permanent sur deux écrans, le contrôle de processus virtuels par des commandes au clavier et des clics de souris et les péripéties des logiciels de reconnaissance vocale ressemble à une véritable vision d'horreur. J'entends encore et toujours certains juges me dire qu'ils espèrent ne plus avoir à vivre cela.

Was sich hier abzeichnet, hat in der Tat nichts mit einem sinnvollen Einsatz der digitalen Technik im Zivilprozess zu tun. Es ergibt keinen Sinn, den hergebrachten Abläufen des Prozesses die Computertechnologie einfach überzustülpen. Es bewirkt keinen Effizienzgewinn, wenn der Papierwust der Prozessakte dem Richter nunmehr in elektronischer Form auf dem Bildschirm präsentiert und noch dazu die geschäftsmäßige Abwicklung des Verfahrens, die bisher von den sog. Service-Einheiten erledigt wurde, partiell auf ihn übertragen wird.

Damit soll nicht gesagt sein, dass Zivilprozess und Informationstechnologie nicht zueinander passen – ganz im Gegenteil! Entscheidend ist aber, wie sie zusammengeführt werden.

L'évolution qui se dessine n'a rien à voir avec une utilisation intelligente de la technologie numérique dans la gestion des procès civils. Il est insensé de vouloir appliquer les nouvelles technologies au déroulement traditionnel d'un procès. Il n'y a aucun gain d'efficacité si le dossier papier est désormais simplement présenté au juge sous une forme électronique à l'écran et que le traitement formel de la procédure, qui était auparavant assuré par les services dits de support, est partiellement transféré aux magistrats. Cela ne signifie pas que procès civil et technologie de l'information ne peuvent aller de pair, bien au contraire ! Mais ce qui est décisif est la manière de les concilier.

III. Was sollte geschehen? / Que devrait-on faire ?

Falsch ist es, den Zivilprozess so zu lassen wie er ist, und nur zu schauen, welche Teile davon von der Papier- in die elektronische Form übertragen werden können. Auszugehen ist vielmehr von den Möglichkeiten, die die Informationstechnologie bietet, und die Prozessabläufe so umzugestalten, dass durch ihren Einsatz die Effizienz des Zivilprozesses gesteigert werden kann.

Il serait faux de laisser le procès civil en l'état actuel et de rechercher quels éléments peuvent être transférés du format papier au format électronique. Il faudrait plutôt réfléchir aux possibilités qu'offre la technologie de l'information de modifier le déroulement du procès pour en accroître l'efficacité.

Die elektronische Datenverarbeitung ermöglicht es, Informationen unmittelbar zwischen mehreren Beteiligten zu übermitteln, nach vorgegebenen Mustern zusammenzuführen und zu verarbeiten. Dies lässt sich nutzen, um den bisher in dicken Akten zusammengetragenen Prozessstoff so aufzubereiten, dass Richter und Rechtsanwälte die wesentlichen Informationen nicht erst mit erheblichem Aufwand herausfiltern müssen.

Le traitement électronique des données permet de transmettre des informations directement entre plusieurs parties, de les fusionner selon des modèles prédéfinis et de les traiter. Cela peut être utilisé pour préparer la « matière première » de l'affaire, qui se trouve actuellement dans des dossiers volumineux, de telle sorte que les juges et les avocats ne doivent pas en extraire les informations essentielles avec un effort considérable.

Bisher wird der Prozessstoff auf folgende Weise zusammengetragen:

- Der Anwalt des Klägers reicht beim Gericht einen Schriftsatz ein, in dem er einen bestimmten Antrag stellt und mit tatsächlichen Behauptungen begründet.
- Das Gericht sendet diesen Schriftsatz an den Beklagten.
- Der Anwalt des Beklagten reicht eine Klageerwidderung ein, mit der er das Vorbringen des Klägers mit rechtlichen Argumenten und – zumeist – abweichendem Tatsachenvortrag bestreitet.
- Das Gericht sendet diesen Schriftsatz an den Anwalt des Klägers.
- Der Anwalt des Klägers widerlegt in einem weiteren Schriftsatz, der sog. Replik, das Vorbringen des Beklagten.
- Auf die Übersendung der Replik an den Beklagten folgt nicht selten eine Erwiderung dessen Anwalts, die sog. Duplik. Diese sendet der Richter an den Kläger, und wenn er nicht steuernd eingreift, geht das Ping-Pong-Spiel munter weiter, bis ein Papierberg von hundert oder mehr Seiten angewachsen ist, aus dem er nun die Grundlage für seine Prozessführung zu erarbeiten hat.

Jusqu'à présent, les pièces du procès sont recueillies de la manière suivante :

- *L'avocat du demandeur soumet des conclusions au tribunal dans lesquelles il formule une demande spécifique qu'il justifie par des allégations de fait.*
- *Le tribunal transmet cette pièce écrite au défendeur.*
- *L'avocat du défendeur présente des conclusions de défense dans lesquelles il essaie de réfuter la prétention du demandeur avec des arguments juridiques et - dans la plupart des cas - avec des éléments de fait divergents.*
- *Le tribunal transmet cette pièce écrite à l'avocat du demandeur.*
- *L'avocat du demandeur tente alors de réfuter les arguments du défendeur dans une autre pièce écrite, la réplique.*
- *L'envoi de la réplique au défendeur est souvent suivi d'une réponse de l'avocat de ce-dernier, la duplique. Le juge la transmet au demandeur et, sauf à intervenir, le jeu de ping-pong se poursuit jusqu'à ce qu'une montagne de papier d'une centaine de pages ou plus se soit formée dont le juge doit maintenant extraire les éléments du procès.*

In großen Prozessen fallen oftmals Dutzende von Schriftsätzen an, dazu noch mehrere Aktenordner mit Anlagen. Das Alles muss der Richter zur Kenntnis nehmen und verarbeiten. Fehler und Missverständnisse sind vorprogrammiert. Immer wieder muss der BGH ein Urteil nach mehrjähriger Prozessdauer aufheben und das Verfahren in die Tatsacheninstanz zurückverweisen, weil ein Vorbringen oder ein Beweisantrag übersehen, die Bedeutung einer Parteibehauptung verkannt oder nicht auf

einen möglicherweise entscheidungserheblichen Gesichtspunkt hingewiesen wurde.

Dans des procès importants, il existe souvent des douzaines de conclusions, auxquelles s'ajoutent plusieurs classeurs avec des pièces jointes. Le juge doit en prendre connaissance et traiter toutes les informations. Les erreurs et les malentendus sont alors inévitables. Il arrive très régulièrement que la Cour fédérale de justice (BGH) annule un jugement après plusieurs années de procédure et renvoie l'affaire devant les juges du fond parce qu'une conclusion ou une demande de preuve n'a pas été examinée, l'importance d'une affirmation d'une partie a été mal jugée ou un aspect éventuellement pertinent pour la décision n'a pas été mis en avant.

Nun wird das Prinzip des kontradiktorischen Vortrags (Behaupten und Bestreiten durch die Parteien) zwar als Markenzeichen des von der Verhandlungsmaxime geprägten Zivilprozesses und als adäquates Verfahren der Wahrheitsfindung angesehen – und dies zu Recht.¹⁰ Man darf dabei aber nicht übersehen, dass die ZPO ursprünglich von einer ganz anderen Funktionsweise dieser Maxime ausging:

Durch die CPO für das Deutsche Reich von 1877 wurde der preußische Aktenprozess unter dem Einfluss des französischen Code de procédure civile durch das Prinzip der mündlichen Verhandlung abgelöst.¹¹ Die Parteien sollten in einer streitigen Verhandlung vor dem Richter – daher auch die Bezeichnung „Verhandlungsmaxime“ – ihre Standpunkte mündlich vortragen und dem Richter dadurch ein Bild von der rechtlichen Tragweite ihrer Behauptungen und der Notwendigkeit, streitige Tatsachen durch Beweisaufnahme aufzuklären, verschaffen. § 128 der CPO von 1877 bestimmte ausdrücklich:

¹⁰ Rauscher, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, Einl. Rn. 328 ff. m.w.N.

¹¹ Zu dieser Entwicklung s. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 4 Rn. 26 ff.

„Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältnis in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig.“

Certes, le principe du contradictoire (affirmation et contestation par les parties) est considéré comme la marque de fabrique du procès civil, comme un principe permettant d'établir la vérité, et cela à juste titre. Toutefois, il ne faut pas oublier que le code de procédure civile allemand est à l'origine issu d'un mode de fonctionnement complètement différent de cette maxime.

En effet, le Code de procédure civile de 1877 a placé la procédure écrite traditionnelle sous l'influence du Code de procédure civile français et son principe de l'oralité. Les parties devaient alors présenter oralement leurs positions lors d'une audience contradictoire devant le juge et ainsi donner au juge une idée de la portée juridique de leurs affirmations et de la nécessité de clarifier les faits litigieux par la preuve. Le § 128 du Code de procédure civile de 1877 l'a expressément déterminé :

« Les présentations des parties sont prononcés librement ; elles doivent inclure le différend dans les rapports de fait et de droit.

Le fait de se référer aux pièces écrites en remplacement de la procédure orale est illicite. »

Diese Reinform der mündlichen Verhandlung erwies sich allerdings als zu schwerfällig für die Bewältigung der massenhaft anfallenden Zivilprozesse und wurde 1924 ersetzt durch die Regelung, dass eine Bezugnahme auf Schriftsätze zulässig ist, „soweit keine der Parteien widerspricht und das Gericht sie für angemessen hält“. ¹² Nach der Rechtsprechung liegt bereits in der Antragstellung in der mündlichen Verhandlung eine solche

¹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 79 Rn. 3.

Bezugnahme, so dass der gesamte Inhalt der Schriftsätze automatisch zur Grundlage der richterlichen Entscheidung wird.

Cependant, cette forme pure de la procédure orale s'est avérée trop lourde pour faire face à la masse de procès civils et fut remplacée en 1924 par un système dans lequel un renvoi aux pièces écrites est autorisée « pour autant qu'aucune des parties ne s'y oppose et que le tribunal la juge appropriée ». Selon la jurisprudence, un tel renvoi peut déjà être caractérisé par le dépôt de la requête lors de l'audience orale, de sorte que l'ensemble du contenu des conclusions devient automatiquement la base de la décision judiciaire.

Diese weitgehende Rückkehr zum Aktenprozess des 19. Jahrhunderts mag praktischen Bedürfnissen der modernen Massenjustiz entsprochen haben. Zu kritisieren ist jedoch, dass an die Schriftsätze, die durch die Bezugnahme zur maßgeblichen Entscheidungsgrundlage werden, keine Anforderungen gestellt wurden, die dieser Bedeutung entsprechen. Sie bestehen zu meist aus einem Wust von unstrukturiertem, nicht koordiniertem und nicht auf die richterliche Entscheidung ausgerichteten Vorbringen. Mit dem vom Richter gelenkten Diskurs in einer rein mündlichen Verhandlung hat diese Form der Präsentation des Prozessstoffs nichts gemein. Zudem fördert das Hin- und Herschreiben der Rechtsanwälte auch die Eskalation des Konflikts: Von Mal zu Mal wird der Ton aggressiver, gleitet nicht selten ab in Polemik, eröffnet immer neue Nebenstreitigkeiten.

Ce retour à la procédure écrite du XIX^e siècle a peut-être répondu aux besoins pratiques de la justice moderne de masse. Néanmoins, il est extrêmement critiquable que les pièces écrites, qui deviennent la base du procès par la référence, n'étaient pas soumises à des exigences particulières. Le plus souvent, elles se présentent comme un tas désordonné de demandes non structurées, non coordonnées et non adaptées à la décision judiciaire. Cette manière de présenter les pièces écrites du dossier n'a rien à voir avec une procédure orale, régulée par le juge au cours d'une

audience. De plus, le va et vient des conclusions des avocats favorise aussi l'escalade du conflit : de temps à autre, le ton devient plus agressif, tombe souvent dans une polémique et ouvre de nouveaux conflits.

Mit den Anforderungen eines effizienten Zivilprozesses hat dies nichts zu tun.

Zu den Grundprinzipien effizienten Arbeitens gehört,

1. dass die Arbeit auf das angestrebte Ergebnis fokussiert wird, sich nicht in Nebensächlichem verliert;
2. dass stringent gearbeitet, eine Wiederholung von Arbeitsschritten vermieden wird;
3. dass die an einer gemeinsamen Arbeit Beteiligten nicht gegeneinander, sondern miteinander arbeiten.

On comprend dès lors que ce procédé n'a plus rien à voir avec les exigences d'un procès civil efficace.

Pour qu'il y ait un travail efficace, il faut

1. *que le travail soit centré sur le résultat souhaité et ne se perde pas dans ce qui est accessoire ;*
2. *que le travail soit effectué rigoureusement et que la répétition des étapes de travail soit évitée ;*
3. *que les personnes qui participent au travail commun ne le fassent pas les unes contre les autres, mais ensemble.*

Gegen all diese Prinzipien verstößt die gegenwärtige Praxis des Zivilprozesses. Sie ist gekennzeichnet durch

- Zersplitterung statt Fokussierung des Parteivorbringens
- Redundanz statt Kanalisierung der Verfahrensabläufe

- Konfrontation statt Kooperation der Prozessbeteiligten.

Tous ces principes sont violés par la pratique actuelle du procès civil, lequel se caractérise par

- *une fragmentation plutôt qu'une concentration de la présentation des parties*
- *une redondance plutôt qu'une canalisation des étapes de la procédures*
- *un esprit de confrontation plutôt que de coopération entre les acteurs du procès.*

Dies führt dazu, dass Prozesse viel zu lange dauern. Im Durchschnitt vergehen vom Eingang einer Klage beim Landgericht bis zum Urteil in der zweiten Instanz 32 Monate, 12 % dieser Prozesse dauern länger als 4 Jahre;¹³ es gibt auch nicht wenige Prozesse, die erst nach 10, 12 oder 15 Jahren ihren Abschluss finden.¹⁴ Dadurch werden riesige Ressourcen verschwendet und eminente Kosten verursacht. Konflikte werden nicht befriedet, sondern verschärft. Auch wenn am Ende eines Prozesses oftmals ein Vergleich steht, entspringt dieser sehr oft nicht einer Versöhnung der Parteien, sondern der Kapitulation vor den Unwägbarkeiten und Belastungen des gerichtlichen Verfahrens.

Cela conduit à des procès beaucoup trop longs. 32 mois s'écoulent en moyenne entre la réception d'une assignation au tribunal régional et le jugement en deuxième instance, 12 % de ces procès durent plus de 4 ans. Un grand nombre de procès ne prennent fin qu'après 10, 12 ou 15 ans. Cela mène à un gaspillage énorme de ressources et entraîne des coûts importants. Les conflits ne sont pas résolus, mais aggravés. Même si une transaction est souvent conclue à la fin d'un procès, il ne résulte très souvent pas d'une

¹³ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1, 2017, Tab. 8.2.

¹⁴ Greger, AnwBl 2015, 536.

réconciliation entre les parties, mais d'une sorte de capitulation devant les aléas et les contraintes d'un procès judiciaire.

Eine fokussierte, stringente und kooperative Prozessführung bietet dagegen die Chance, schnell und mit geringem Aufwand zu einer Lösung des Rechtsstreits zu gelangen, die als gerecht empfunden wird. Statt Gegensätze aufzubauen entdecken die Parteien Gemeinsamkeiten; dies ermöglicht Vergleiche, die auf einem echten Einvernehmen, nicht auf Kapitulation bestehen.

Une conduite du procès ciblée, rigoureuse et coopérative par contre, offrirait en revanche la possibilité de trouver rapidement et avec peu d'efforts une solution au différend, qui est perçue comme juste. Au lieu de créer des oppositions, les parties découvrent des points de convergence, ce qui permet de conclure des transactions qui reposent sur une véritable résolution à l'amiable et non sur la résignation.

Hier kommt nunmehr die Digitalisierung in Spiel. Sie bietet die Chance, von der ineffizienten und kontraproduktiven Erarbeitung des Prozessstoffs durch wechselseitigen schriftlichen Vortrag loszukommen und dem Richter die Zusammenführung des Parteivortrags zu ermöglichen, ohne dass er sich das Relevante aus mehreren unstrukturierten Schriftstücken zusammensuchen muss.¹⁵ Da den Parteien der gemeinsame Zugang zu einem beim Gericht angelegten Dokument eröffnet werden kann, ist es möglich, sie unter richterlicher Anleitung an einem gemeinsamen Dokument arbeiten zu lassen, welches die Grundlage für den Prozess bildet.¹⁶ Hierzu müssten auf elektronischem

¹⁵ Zwickel in: Buschmann et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, S. 179 ff.; Weller/Köbler (Hrsg.), Verfahrensgrundsätze und Modellregeln für die grundsätzlich elektronische Führung gerichtlicher Erkenntnisverfahren, 2016, S. 15; Gaier, NJW 2013, 2871, 2873 f.; Gaier, ZRP 2015, 101, 104.

¹⁶ Zwickel in: Buschmann et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, S. 194 ff. In diese Richtung auch Weller/Köbler (Fn. 15), S. 15 „gerichtlicher elektronischer Datenraum“.

Weg in eine vorgegebene Maske das Prozessziel, die zugrunde liegenden Tatsachenbehauptungen, die dagegen erhobenen Einwendungen und die jeweiligen gegnerischen Stellungnahmen sowie die angebotenen Beweismittel eingegeben werden. Der Richter kann durch Hinweise auf unklare, ergänzungsbedürftige oder irrelevante Angaben, ggf. auch auf übersehene rechtliche Gesichtspunkte daran mitwirken, dass eine kompakte, übersichtliche und gemeinsam erarbeitete Grundlage für das weitere Verfahren, eventuelle Vergleichsgespräche und, sofern nötig, für das Urteil entsteht. Im Urteil braucht der Richter keinen Tatbestand zu fertigen; es genügt der Verweis auf das Basisdokument, welches zugleich die Grundlage für ein evtl. Rechtsmittelverfahren bietet.

C'est alors ici que la numérisation peut entrer en jeu. Elle offre la possibilité de se débarrasser de l'élaboration inefficace et contre-productive des pièces du procès au moyen d'un échange réciproque d'écrits et de permettre au juge de synthétiser les prétentions des parties sans avoir à rechercher les faits pertinents dans plusieurs documents non structurés. Si les parties pouvaient avoir accès conjointement à un document constitué par le tribunal, il serait possible de les laisser travailler, sous la direction du juge, sur un document conjoint qui constituerait la base du procès. À cette fin, le but de la procédure, les allégations de fait, les objections formulées à leur encontre et les positions opposées ainsi que les moyens de preuve présentés devraient être saisis électroniquement selon un modèle prédéfini. Le juge peut aider à créer un document de base synthétique, clair et élaboré conjointement pour la suite de la procédure, les éventuelles discussions en vue d'un règlement et, si nécessaire, pour le jugement, en signalant les informations peu claires, supplémentaires ou non pertinentes et, si nécessaire, les aspects juridiques insuffisamment pris en compte. Dans le jugement, le juge n'aurait alors pas besoin d'établir des faits ; il suffirait de se référer au document de base, qui constitue en même temps la base de toute voie de recours éventuelle.

Da der Richter bei der Erarbeitung dieses Basisdokuments unmittelbar und zeitgleich mit den Parteivertretern kommuniziert, verwandelt sich die durch das Schriftsatzwesen geförderte Konfrontation in ein kooperatives Arbeitsklima,¹⁷ u.U. werden Gemeinsamkeiten entdeckt, Missverständnisse ausgeräumt, Prozesschancen realistischer eingeschätzt und dadurch Möglichkeiten zu einer einvernehmlichen Lösung in einem frühen Stadium des Prozesses geschaffen.¹⁸

Étant donné que le juge communiquerait directement et simultanément avec les représentants des parties lors de l'élaboration de ce document de base, la confrontation provoquée par l'échange d'écritures se transformerait en un climat de travail coopératif. Le cas échéant, cela pourrait permettre de découvrir des points communs, d'éclaircir des malentendus, d'évaluer de manière plus réaliste les chances d'un procès et de créer des possibilités de résolution amiable à un stade préliminaire.

Für das Basisdokument sollte es neben einer universell einsetzbaren Maske auch Muster für Standardverfahren (z.B. Verkehrsunfall-, Mietrückstands- oder Gewährleistungsfälle) geben.¹⁹ Außerdem sollte die in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO vorgesehene Angabe zu den Bemühungen um eine außergerichtliche Streitbeilegung integriert werden.²⁰ Diese Angabe wird in der derzei-

¹⁷ Zum Grundsatz der Kooperation zwischen Gericht und Parteien im Zivilprozess s. Greger in: *Gottwald/Greger/Prütting* (Hrsg.), *Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*, 2000, S. 77 ff.

¹⁸ Zu entsprechenden Erfahrungen mit den pre-action protocols im englischen Zivilprozess Engelhardt, *Die Woolf-Reform in England – Inspirationen für den deutschen Zivilprozess*, Diss. Erlangen, 2007, S. 68 ff. S. dazu auch Zwickel, MDR 2016, 988, 990.

¹⁹ Zwickel in: *Buschmann et al.* (Hrsg.), *Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht*, 2018, S. 191 f.; *Effer-Uhe*, MDR 2019, 69, 73. („Strukturformulare“).

²⁰ Eingehend dazu *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, 2. Aufl. 2016, E Rn. 23 ff.

tigen Praxis sehr vernachlässigt. Indem die Parteien sich ausdrücklich dazu äußern müssen, entstehen für Richter und Parteien Ansatzpunkte, die Vorteile einer solchen Vorgehensweise zu erörtern.

Pour ce document de base, il devrait y avoir un formulaire utilisable dans toutes les procédures ainsi que des formules pour les procédures de masse (p. ex. pour les contentieux d'accidents de la circulation, de non-paiement de loyer ou de garantie). En outre, il faudrait y intégrer la déclaration sur la tentative de règlement extrajudiciaire du litige prévue au § 253 al. 3 n° 1 du Code de procédure civile allemand. Cette déclaration est souvent négligée dans la pratique actuelle. Le fait que les parties doivent s'exprimer à ce sujet donne aux juges et aux parties un point de départ pour discuter des avantages d'une telle approche.

In Verfahren ohne Anwaltszwang stößt die Mitwirkung der Parteien an einem digitalen Vorverfahren der beschriebenen Art auf Schwierigkeiten. Hier böte sich an, den Anwaltszwang auch auf amtsgerichtliche Prozesse mit höherem Streitwert zu erstrecken und für wirkliche Bagatellsachen ein besonderes Verfahren vorzusehen.

Dans les procédures sans représentation obligatoire, la participation des parties à une telle procédure préliminaire numérique (digitales Vorverfahren) rencontre cependant des difficultés. Il serait souhaitable d'étendre l'obligation de constituer avocat aux procédures d'une valeur importante relevant de la compétence des tribunaux cantonaux (Amtsgerichte) et de prévoir une procédure spécifique pour les « petits litiges » au sens strict.

Das digitale Vorverfahren hätte zugleich den Vorteil, dass nicht nur der Parteivortrag,²¹ sondern auch die richterliche Prozessleitung besser strukturiert würde. Nach der geltenden ZPO

²¹ In diese Richtung bereits *Calliess*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, 2014, Bd. 1 Gutachten, S. A 99; *Gaier*, ZRP 2015, 101 ff.; *Zwickel* MDR 2016, 988 ff.; *Vorwerk*, NJW 2017, 2326 ff. für besonders komplexe Verfahren.

hat der Richter zu bestimmen, ob er vor der mündlichen Verhandlung ein schriftliches Vorverfahren oder eine vorbereitende Verhandlung, den sog. frühen ersten Termin, durchführt.²² In der Praxis läuft diese Vorbereitungsphase weitgehend leer; im Normalfall findet lediglich ein nicht näher angeleiteter Austausch von Schriftsätzen und ein einziger Verhandlungstermin statt, der nicht selten unter ungenügender Vorbereitung leidet. Die Erarbeitung des Basisdokuments würde diese Funktion übernehmen. Es könnte auch geregelt werden, dass gegen eine Partei, die nicht an der Erarbeitung mitwirkt, bereits in diesem Stadium ein Versäumnisurteil ergehen kann (auch gegen den Kläger, der nach dem Hinweis auf Mängel der Schlüssigkeit nicht nachbessert).

La procédure préliminaire numérique aurait en plus l'avantage d'une meilleure structuration non seulement de la présentation des parties, mais aussi de la gestion du procès par le juge. Selon le Code de procédure civile allemand, celui-ci doit déterminer s'il tient, avant l'audience orale, une enquête préliminaire écrite ou une audience préparatoire, ce qu'on appelle la première audience anticipée (früher erster Termin). Dans la pratique, cette phase préparatoire se déroule en grande partie à vide. Normalement, il n'y a qu'un échange non structuré des écritures et une seule audience dont le déroulement pâtit souvent d'une préparation insuffisante. L'élaboration du document de base remplirait alors cette fonction. On pourrait également prévoir qu'un jugement par défaut puisse être rendu à ce stade à l'encontre d'une partie qui ne participe pas à l'élaboration du document de base (également à l'encontre du demandeur qui ne remédie pas aux lacunes après une remarque d'incohérence).

²² § 272 ZPO. S. dazu Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 272 Rn. 1 ff.

Das digitale Vorverfahren wäre vom Richter, sobald er die Stoffsammlung für abgeschlossen hält, mit einer ebenfalls computergestützten Abschlussverfügung zu beenden, die z.B. folgende Inhalte haben könnte:

- Bestimmung eines Haupttermins (ggf. mit vorbereitenden Maßnahmen oder Beweisaufnahme);
- gesonderte Beweisaufnahme (insbesondere Gutachten);
- Anordnung eines schriftlichen Verfahrens (sofern Parteien sich damit einverstanden erklärt haben);
- Bestimmung eines Gütetermins beim Prozess- oder einem Güterichter;
- Bestimmung eines Erörterungstermins (z.B. in Anwesenheit eines Sachverständigen, um Notwendigkeit und Inhalt einer Begutachtung zu klären);
- Vorschlag eines Prozessvergleichs (bisheriger § 278 Abs. 6 ZPO);
- Verweisung in ein Mediations- oder Schlichtungsverfahren;

Je nach Ausgang des Vorverfahrens könnte natürlich auch ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil oder eine isolierte Kostenentscheidung bei Erledigung der Hauptsache ergehen.

La procédure préliminaire numérique devrait être conclue par le juge dès qu'il considère que la phase de recueil des informations est terminée. Pour cela, il pourrait rendre, avec l'assistance de l'ordinateur, une ordonnance de clôture qui pourrait prévoir les dispositions suivantes :

- *la détermination d'une audience principale (si nécessaire précédée de mesures préparatoires ou d'expertise) ;*

- *une collecte distincte des éléments de preuve (en particulier les avis d'experts) ;*
- *d'ordonner une procédure écrite (si les parties y ont consenti) ;*
- *la détermination d'une audience de conciliation par le juge de la procédure ou un juge de conciliation ;*
- *la détermination d'une audience de discussion (p. ex. en présence d'un expert pour clarifier la nécessité et le contenu d'une expertise) ;*
- *la proposition d'une transaction judiciaire (ancien § 278 al. 6 du Code de procédure civile allemand) ;*
- *le renvoi à une procédure de médiation ou de conciliation.*

En fonction de l'issue de la procédure préliminaire, un jugement par défaut (Versäumnisurteil), un jugement de reconnaissance (Anerkenntnisurteil) ou une décision isolée sur les dépens pourraient être rendus à l'issue de la procédure principale.

Anders als manche befürchten, würde ein computergestütztes Vorklarungsverfahren somit keine Schematisierung des Gerichtsverfahrens bewirken, die die Besonderheiten des Einzelfalls ausblendet. Genau das Gegenteil träfe zu: Es würde sichergestellt, dass eine den individuellen Gegebenheiten entsprechende Form der Konfliktbehandlung gefunden wird – und zwar frühzeitig, nicht erst mit einem Prozessvergleich nach mehrjährigem Prozessieren.

Contrairement à ce que craignent certains, une procédure précontentieuse informatisée ne conduirait donc pas à une schématisation de la procédure judiciaire, qui ne tiendrait pas compte des spécificités du dossier individuel. C'est exactement l'inverse qui serait vrai : elle garantirait une gestion du contentieux adaptée aux circonstances individuelles, et cela à un stade précoce, et non

après plusieurs années de litige comme pour la transaction judiciaire.

Digitalisierung des Zivilprozesses heißt auch nicht, dass die Rechtsfindung als solche automatisiert würde. „Legal Tech“ kann im Zivilprozess nur unterstützende Funktion haben,²³ etwa in Form von Berechnungsprogrammen oder Expertensystemen, allenfalls Vergleichsvorschläge liefern. Wo ein Vergleichsgespräch angezeigt oder ein Urteil zu fällen ist, verbleibt es selbstverständlich dabei, dass der Richter mit seinem persönlichen Einsatz auf eine gerechte Lösung des Rechtsstreits hinwirkt. Er wird hierzu sogar viel besser in der Lage sein, wenn er von dem formalen Prozessmanagement entlastet wird, welches heute und noch mehr bei Einführung der sog. E-Akte seine Arbeit bestimmt. Zudem entfällt der Vorwurf, dass die Verpflichtung zur elektronischen Aktenführung die richterliche Unabhängigkeit verletzt,²⁴ wenn die Prozessordnung die Nutzung dieses Mediums voraussetzt.

La numérisation de la procédure civile ne signifie pas non plus que la recherche du droit applicable en tant que telle serait automatisée. La « Legal Tech » ne peut avoir qu'une fonction de support dans le procès civil, par exemple sous la forme de logiciels de calcul ou de systèmes experts, et peut au mieux fournir des propositions de résolution amiable des contentieux. Lorsqu'une discussion en vue d'une résolution amiable a lieu et qu'un jugement doit être rendu, il va de soi que le juge utilisera son intelligence personnelle pour trouver une solution équitable au conflit juridique. Il sera encore mieux placé pour le faire s'il est libéré de la gestion formelle du procès qui alourdit son travail aujourd'hui et l'alourdira encore plus, lorsque le soi-disant dossier électronique sera introduit. De plus, si le code de procédure prévoyait l'obligation

²³ S. dazu Zwickel in: Buschmann et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, S. 195 ff.

²⁴ S. dazu Stöhr in: Buschmann et al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, 2018, S. 55, 64 ff.

d'une gestion électronique des dossiers, la critique tenant au non-respect de l'indépendance du juge n'aurait plus d'objet.

IV. Fazit / Conclusion

Angst vor der Digitalisierung der Ziviljustiz bräuchten wir nur dann zu haben, wenn

1. der Richter durch einen Rechtsprechungsautomaten ersetzt würde (das will niemand)
2. die bisherigen Prozessabläufe beibehalten und lediglich in einen Bildschirmarbeitsplatz des Richters überführt würden (diese Gefahr zeichnet sich in den derzeitigen Modellprojekten „E-Akte“ ab).

Es darf nicht dazu kommen, dass Computerprogramme auf den Zustand eines Zivilprozesses aus dem 19. Jahrhundert zugeschnitten werden, sondern es muss ein Zivilprozess des 21. Jahrhunderts geschaffen werden, der die Möglichkeiten der Informationstechnologie optimal nutzt.

Nous ne devrions avoir peur de la numérisation de la justice civile que si

1. *le juge était remplacé par une automate judiciaire (personne ne le souhaite)*
2. *le déroulement existant des procès était conservé et seulement transposé à l'échelle d'un poste de travail numérique (ce danger peut être constaté à l'occasion des projets pilotes actuels en lien avec le « dossier électronique »).*

Pour conclure : Il ne faut pas adapter les logiciels informatiques au déroulement d'un procès civil comme au XIX^e siècle, mais il faut créer un procès civil du XXI^e siècle qui utilise au mieux les possibilités offertes par les technologies de l'information.

L'open data des décisions de justice : un bouleversement de l'espace jurisprudentiel ?¹

MARIANNE COTTIN



Un bref résumé de la contribution en format vidéo peut être consulté sur internet :
https://youtu.be/2D7_phEqF_k

Depuis la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, l'*open data* des décisions de justice est au cœur, en

¹ Ce texte s'inspire d'une précédente intervention lors du séminaire « E-Juris », organisé conjointement par Sayn/Cottin en 2018, dont les actes sont publiés à l'adresse suivante : <http://www.tendancedroit.fr/supplement-de-la-semaine-juridique-edition-generale/>. L'expression d'espace jurisprudentiel est quant à elle empruntée à *Serverin/Jeammaud*, Concevoir l'espace jurisprudentiel, RTD civ. 1993, p. 91.

France, de nombreux articles, colloques ou rapports.² L'article 21 de cette loi³ prévoit, en effet, la mise à disposition du public, à titre gratuit et dans le respect de la vie privée des personnes concernées, de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions judiciaires françaises, soit un peu plus de 4 millions de décisions rendues chaque année en matière civile, commerciale, pénale et administrative.⁴ Depuis qu'elle est annoncée, et même si elle n'est pas encore effective, cette publication des décisions de justice, combinée avec les nouveaux outils d'analyse massive dits de « justice prédictive » soulève de nombreuses questions, dont celle de son incidence éventuelle sur la production et la place de la jurisprudence dans l'ordonnement juridique.⁵ Afin de

² Voir par exemple *Cadiet*, L'open data des décisions de justice, Rapport à Madame la garde des Sceaux, ministre de la Justice, 2017 : http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf consulté le 4 juin 2019 ; V. en particulier la contribution de *Pascale Deumier* (p. 187 du rapport) qui est une des rares auteures à approfondir la question de l'incidence du mouvement de l'open data sur la conception de la jurisprudence. V. également l'audition d'*Isabelle Sayn*, p. 118 ; voir aussi les actes du colloque organisé par la Cour de cassation, en 2016, sur « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data » : https://www.courdecassation.fr/institution_1/revolution_numerique_7985/open_data_7821/jurisprudence_mouvement_7886/ consulté le 4 juin 2019 ; v. enfin les actes du colloque organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, *La justice prédictive*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018.

³ Art. L. 111-13 du Code de l'organisation judiciaire créé par l'article 21 de la loi de 2016.

⁴ Pour l'année 2017, environ 2 600 000 décisions en matière civile et commerciale, 1 180 000 en matière pénale et près de 243 000 en matière administrative.

⁵ Lors de l'ouverture du colloque précité, *Bernard Louvel*, premier Président de la Cour de cassation, a ainsi parlé d'un « bouleversement de la culture judiciaire », persuadé que l'accès à l'ensemble de la production judiciaire va modifier la conception même de la jurisprudence. Quant à *Jean-Paul Jean*, lors de ce même colloque, il écrit que « le fait qu'une décision judiciaire soit rendue en audience publique est une chose, qu'elle soit remise aux parties en est une autre, qu'elle soit diffusée publiquement et notamment sur Internet, en est une troisième ; qu'elle soit retraitée avec des millions d'autres via les algorithmes des moteurs de recherche nous fait entrer dans une nouvelle dimension dont nous ne pouvons pas mesurer aujourd'hui l'ampleur des conséquences ».

comprendre les bouleversements annoncés et les termes du débat qui animent les juristes français, il n'est peut-être pas inutile de rappeler les liens qu'entretiennent « diffusion des décisions de justice » et « jurisprudence » et de revenir, à titre d'introduction, sur cette diffusion et la manière dont la jurisprudence se fabrique.

I. L'introduction

1. La situation française en matière de diffusion des décisions de justice

Les dispositions de la loi de 2016 énoncées plus haut ne doivent pas laisser croire que toutes les décisions judiciaires, de la première instance aux juridictions suprêmes, sont aujourd'hui accessibles en France.

Actuellement, le grand public a la possibilité d'accéder gratuitement à l'ensemble des décisions de la Cour de cassation, grâce au site Légifrance qui contient environ 500 000 décisions.⁶ Il n'a, en revanche, qu'un accès limité aux décisions civiles des cours d'appel. La base JURICA qui les contient⁷ est, en effet, uniquement accessible aux magistrats par le biais de l'intranet justice, aux éditeurs juridiques et à leurs abonnés, grâce à un accès payant, et, à titre gratuit, aux universitaires qui en font la demande dans le cadre d'un projet de recherche. Le public n'a, en

⁶ Le site Legifrance se nourrit de la base Jurinet tenue par le Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation (SDER) et qui contient les décisions de la Cour de cassation ainsi qu'une sélection de décisions de cours d'appel et de juridictions de premier degré « présentant un intérêt particulier » (Décr. n° 2005-13 du 7 janv. 2005, JO 9 janv. 2005).

⁷ La base JURICA est, comme Jurinet, tenue par le SDER (décret no 2008-522 du 2 juin 2008). Elle rassemble l'ensemble des arrêts rendus par les cours d'appel et les décisions juridictionnelles prises par les premiers présidents de ces cours ou leurs délégués hors matière pénale (COJ, art. R. 433-3). Son stock s'élève actuellement à 1,5 million de décisions non pénales rendues en audience publique (environ 150.000 sont rendues chaque année).

fin, aucun accès, à de rares exceptions près, ni aux décisions pénales des cours d'appel, ni aux décisions rendues en première instance, qu'elles soient civiles ou pénales, ces décisions n'étant pas encore rassemblées dans une base.

L'objectif de la loi pour une République numérique de 2016 est donc de rendre accessibles au public les décisions civiles des cours d'appel déjà stockées et, à plus long terme, sous forme anonymisée, les décisions pénales des cours d'appel et les décisions de première instance. Cette mise à disposition pourrait avoir lieu dans un délai de trois à huit ans, avec une « mise en œuvre complète de l'*open data* des décisions de justice » envisagées, au plus tôt, en 2025.⁸

2. La jurisprudence et sa fabrication

On sait que le terme de jurisprudence peut être employé dans différents sens et qu'il est notamment utilisé pour désigner des tendances contentieuses, des pratiques judiciaires locales dans un contentieux déterminé (on parlera ainsi de la jurisprudence du tribunal d'instance de Lyon en matière de surendettement des particuliers ou de la jurisprudence de la cour d'appel de Grenoble en matière d'indemnisation du dommage corporel).

Mais on sait aussi que la jurisprudence, entendue comme source du droit, est avant tout celle de la Cour de cassation ou, plus largement, celle des juridictions suprêmes. Dès la première année, les étudiants en droit prennent conscience de cette primauté : ce sont les arrêts de la Cour de cassation qu'ils trouvent cités dans leur code civil et ce sont ces mêmes arrêts qu'on leur demande de commenter ou de mobiliser à l'occasion de la résolution d'un cas pratique.

⁸ *Buat-Ménard/Giambiasi*, La mémoire numérique des décisions judiciaires, D. 2017, p. 1483. Les auteurs envisagent cette mise à disposition en 2025 mais le décret d'application de la loi de 2019 n'étant pas encore pas publié, il y a fort à parier qu'elle soit retardée.

Cette place prépondérante de la Cour de cassation dans la création jurisprudentielle s'explique évidemment par la place que la juridiction occupe au sommet de la hiérarchie judiciaire et par son rôle de juge du droit, qui lui assurent une vocation jurisprudentielle plus forte que les autres juridictions.⁹ Même si la règle du précédent n'a pas cours en France, il est évident que les juridictions inférieures ont tout intérêt à suivre la position de la Cour de cassation si elles ne veulent pas voir leurs décisions cassées ou annulées.

Mais les étudiants savent aussi que tous les arrêts de la Cour de cassation ne font pas « jurisprudence ». ¹⁰ Seuls certains d'entre eux accèdent à ce statut particulier par un jeu subtil de réseaux de diffusion, mis en lumière par Evelyne Serverin, ¹¹ dans lequel interviennent plusieurs acteurs. La juridiction elle-même qui fait savoir à la communauté juridique que l'arrêt qu'elle vient de rendre présente un intérêt particulier, l'éditeur juridique qui choisit de mettre en avant telle décision plutôt qu'une autre, dans telle rubrique, et d'entourer cette publication de tout un appareillage (des titres, des résumés, des sommaires), autant de choix qui non seulement facilitent l'accès aux décisions de la Cour mais participent eux-mêmes à la création de la jurisprudence, enfin, l'universitaire, dont le commentaire va parfois finir par se substituer à la décision elle-même.

Pour le dire autrement, la fabrique de la jurisprudence ne dépend pas uniquement de la place qu'occupe la juridiction qui la crée dans la hiérarchie judiciaire mais dépend aussi largement de tout un dispositif de médiation et de diffusion qui contribue

⁹ *Serverin/Jeamnaud*, Concevoir l'espace jurisprudentiel, *RTD civ.* 1993, p. 91.

¹⁰ *Rivier*, La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes, *RTD civ.* 1993, p. 89.

¹¹ *Serverin*, De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique, th. Lyon, 1985.

à sa production. C'est ce dispositif qu'Evelyne Serverin et Antoine Jeammaud ont désigné il y a quelques années sous le terme d'espace jurisprudentiel.¹²

II. En quoi l'open data peut-il bouleverser l'espace jurisprudentiel ?

Tout simplement parce que l'open data remet en cause le privilège de diffusion dont bénéficient les arrêts de la Cour de cassation. On vient de l'expliquer, le système de presse est au cœur de la fabrique de la jurisprudence. Or, pour l'instant, la Cour de cassation est la seule à bénéficier de ce système. Toute la question est donc de savoir dans quelle mesure et de quelle manière la diffusion de l'ensemble des décisions de justice est susceptible d'entraîner, pour reprendre le titre de cette intervention, la création d'un nouvel espace jurisprudentiel, dans lequel prendrait part de nouvelles décisions et de nouveaux acteurs.

1. La naissance d'une jurisprudence horizontale

L'idée est que la diffusion des décisions de première instance et d'appel, en rendant possible la confrontation d'espèces jugées au même niveau, va permettre de dégager la jurisprudence, non plus vue comme une norme issue de la Cour de cassation mais comme la manière dont les tribunaux du fond jugent habituellement une question, soit une jurisprudence dite « horizontale » ou « concrète ».¹³

¹² *Serverin/Jeammaud*, Concevoir l'espace jurisprudentiel, RTD civ. 1993, p. 91.

¹³ Voir, par exemple, *Buat-Ménard/Giambiasi*, La mémoire numérique des décisions judiciaires, D. 2017, p. 1483. Le terme « horizontal » n'est pas nouveau. *Serverin* l'emploie en 2009, dans son Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA), D. 2009, p. 2882. Mais on la trouve également en 2000, sous la plume de *Maistre du Chambon* dans un article qu'il coécrit pour défendre les ateliers régionaux de jurisprudence : *Maistre du Chambon/Larribaut-Terneyre/Henry/Bories*, Où trouver la jurisprudence ?, D. 2000, p. 197.

Une telle conception de la jurisprudence n'est pas nouvelle. C'est une des définitions qu'en donnent les dictionnaires juridiques et, on l'a dit, les avocats ont toujours cherché, pour s'assurer du succès d'une procédure ou adapter leur angle d'attaque, à connaître les positions de tel juge, de telle chambre, ou de telle juridiction.

La nouveauté est ailleurs et elle est double. En premier lieu, grâce à la *legaltech* et autre *machine learning*, cette « tendance habituelle », n'est plus issue - ou ne sera plus issue - de la seule expérience des avocats ou de la consultation « artisanale » d'une banque de données mais du traitement des données à grande échelle par des outils qui seront capables de la dégager. Pour le dire autrement, ce qui va avoir de l'effet, comme on le fait très justement remarquer,¹⁴ c'est moins l'*open data* que sa rencontre avec l'économie numérique et les *legaltech*.

En second lieu, la jurisprudence horizontale n'a plus pour but, comme auparavant, de faire circuler une information, une connaissance sur les pratiques décisionnelles des juges du fond, sans perspective normative. Elle a aussi pour fonction d'assurer la standardisation des décisions et devient une source possible de « normalisation des cas »,¹⁵ « une ressource nouvelle que le juge devra prendre en compte », une « norme issue du nombre ».¹⁶

2. L'apparition de nouveaux acteurs

L'apparition de nouveaux acteurs est le deuxième changement que subit ou risque de subir l'espace jurisprudentiel. Dans le monde actuel, la découverte des arrêts jurisprudentiels appartient à la communauté des juristes (magistrats, éditeurs, universitaires) qui se chargent de trier le bon grain de l'ivraie. Dans le

¹⁴ Deumier, in : Cadiet, *L'open data des décisions de justice*, 2017, p. 187.

¹⁵ Deumier in : Cadiet, *L'open data des décisions de justice*, 2017, p. 190.

¹⁶ *Buat-Ménard/Giambiasi*, *La mémoire numérique des décisions judiciaires*, D. 2017, p. 1483.

monde de l'*open data*, le marché de la prévision sur la justice n'est plus aux mains des juristes mais, pour reprendre des expressions et des craintes exprimées par la doctrine, de jeunes businessmen mathématiciens,¹⁷ d'informaticiens, d'entrepreneurs issus de grandes écoles d'ingénieurs ou de commerce auxquels s'associent de jeunes juristes, sans que l'on sache qui commande exactement et sans possibilité de contrôle.¹⁸

III. Le bouleversement aura-t-il lieu ?

1. La communauté juridique va-t-elle s'emparer de cette nouvelle forme de jurisprudence ?

Pour que le modèle s'impose et qu'on lui puisse parler d'une source de standardisation, encore faut-il que les acteurs du droit se saisissent de cette nouvelle forme de jurisprudence. Il a été démontré que la jurisprudence est une création collective, qu'elle existe, qu'elle se construit par de multiples réseaux de diffusion, et que son existence est largement tributaire de son retentissement dans la communauté des juristes et de son utilisation par les professionnels. La force obligatoire de cette nouvelle forme de jurisprudence sera donc largement dépendante de l'utilisation que vont en faire les avocats, de sa réception par les magistrats, de la propension de la doctrine à la mobiliser, bref de la capacité de cette nouvelle norme à être reproduite.¹⁹

On ne doute pas de l'intérêt qu'auront (et qu'ont déjà) les avocats pour cette nouvelle forme de connaissance. On peut en revanche avoir plus de doutes sur les magistrats. Seront-ils suffisamment séduits par les solutions proposées pour en assurer la répétabilité, si tant est qu'on puisse mesurer ce phénomène ? La Cour de cassation s'emparera-t-elle elle-même de ces nouvelles données ? On sait que les décisions des juridictions du fond sont

¹⁷ *Garapon*, Les enjeux de la justice prédictive, JCP G 2017, 31.

¹⁸ *Croze*, Justice prédictive, La factualisation du droit, JCP G 2017, 101.

¹⁹ Voir également les réflexions de *Deumier*, v^o Jurisprudence, in : Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017.

parfois considérées comme « l'antichambre » de la jurisprudence.²⁰ Elles présentent pour la Cour de cassation un intérêt comme « précurseurs » d'une jurisprudence à venir, ou comme manifestations d'une « résistance » ou d'une « divergence » par rapport à une jurisprudence établie.²¹ La Cour de cassation se référera-t-elle à la jurisprudence horizontale, dans ses travaux préparatoires par exemple, et la doctrine lui emboîtera-t-elle le pas ? Sans une telle mobilisation, la tendance observée risque bien de rester à un simple échelon local.

2. La qualité des données et le risque de l'effet performatif

La naissance d'une jurisprudence horizontale et surtout, sa mobilisation par les acteurs juridiques, à supposer qu'elle ait lieu, pose inévitablement la question de la fiabilité des données produites par les outils de justice prédictive. On ne peut aujourd'hui que constater les limites de ces derniers. Ni la base des décisions sur lesquels s'appuient ces outils – les décisions de cours d'appel pour l'essentiel – ni la structuration actuelle des décisions de justice – impossibilité pour la machine de faire le lien entre ce qui a été demandé et ce qui est accordé – ne permettent pas à l'heure actuelle de résultats concluants.²² Les potentialités du *machine learning* laissent toutefois présager une amélioration de la qualité des informations produites.

Quelle que soit cette qualité, le risque d'un effet performatif n'est, par ailleurs, pas totalement à exclure. Si le modèle proposé séduit, le danger est, en effet, qu'il soit reproduit, peu important

²⁰ *Maistre du Chambon/Larribau-Terneyre/Henry/Bories*, Où trouver la jurisprudence ?, D. 2000, p. 197.

²¹ *Serverin*, Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JURICA), D. 2009, p. 2882.

²² Voir l'expérience menée par les cours d'appel de Rennes et de Douai : <https://www.dalloz-actualite.fr/interview/l-utilisation-de-l-outil-predicticede-coit-cour-d-appel-de-rennes> consulté le 4 juin 2019.

la pertinence du corpus de référence ou les bais dont sont affectées les décisions.²³ Certes, le juge pourra toujours s'extraire des solutions proposées et n'est pas lié par le modèle suggéré mais nombre d'acteurs du monde juridique, universitaires et magistrats, pointent du doigt ce risque d'un effet performatif des énoncés²⁴ ou de prophétie auto-réalisatrice,²⁵ a fortiori dans un contexte de surcharge de travail des juridictions.²⁶

3. La Cour de cassation peut-elle perdre sa vocation jurisprudentielle au profit des juridictions du fond ?

À supposer que la jurisprudence horizontale accède à un échelon national, peut-elle devenir la norme et détrôner la Cour de cassation ? L'*open data* peut-il modifier la hiérarchisation des décisions de justice dans la création de la jurisprudence ? Une réponse positive nous semble peu probable pour deux raisons.

En premier lieu, parce que la tendance actuelle est plutôt au renforcement du pouvoir normatif de la Cour de cassation qu'à son effacement.²⁷ Pour preuve, les projets actuels de réforme de la Cour de cassation, dont celui d'instaurer, sur le modèle allemand, un filtrage des pourvois fondés leur intérêt juridique.²⁸

En second lieu, parce que la communauté juridique reste très attachée à la hiérarchisation et à la sélection des décisions de justice et insiste, face à l'*open data*, sur la nécessité de maintenir une telle hiérarchisation. Ce discours est très présent chez les

²³ Sayn, in : *Cadiet*, L'open data des décisions de justice, 2018, p. 118.

²⁴ Sayn, in : *Cadiet*, L'open data des décisions de justice, 2018, p. 118 ; *Garapon*, Les enjeux de la justice prédictive, JCP G 2017, 31.

²⁵ Croze, Justice prédictive, La factualisation du droit, JCP G 2017, 101.

²⁶ Sayn, in : *Cadiet*, L'open data des décisions de justice, préc. p. 118

²⁷ En ce sens, *Deumier*, v^o Jurisprudence, in : Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017.

²⁸ Voir pour une présentation des réformes proposées, le site de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/institution_1/reforme_cour_7109/ consulté le 4 juin 2019.

universitaires²⁹ mais il l'est particulièrement chez les hauts magistrats, de la Cour de cassation comme du Conseil d'Etat, qui insistent sur le fait que « tout n'est pas égal, tout ne se vaut pas »³⁰ et sur l'intérêt de « distinguer l'important de l'insignifiant ».³¹

Dans ce contexte, il est peu probable que la jurisprudence « horizontale » parvienne à supplanter celle de la Cour de cassation. On peut en revanche se demander, et ce sera notre conclusion, si l'*open data* des décisions de justice, en offrant un autre type de connaissances, ne peut pas conduire à la création de deux espaces jurisprudentiels, aux frontières plus ou moins étanches : l'univers de la dogmatique qui se référera en priorité à la jurisprudence de la Cour de cassation, l'univers de la justice, des avocats, des magistrats, pour lequel la jurisprudence horizontale deviendra l'outil de référence.

²⁹ *Dondero*, Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ?, D. 2017, p. 532.

³⁰ *Sauvé*, in : Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (sous la dir.), La justice prédictive, 2018.

³¹ *Jean*, Penser les finalités de la nécessaire ouverture des bases de données de jurisprudence, in : Cour de cassation (sous la dir.), La jurisprudence dans le mouvement de l'open data, 2016. Pour appuyer son propos, Jean s'appuie notamment sur une recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe de 1995 qui préconisait une sélection des décisions afin « d'éviter l'accumulation d'informations inutiles » (Recommandation n° R (95) 11 du Comité des ministres aux États membres relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridique automatisés).

**Berichte über die Gruppenarbeiten
zum modernisierten gerichtlichen Verfahren /
*Rapports sur les travaux en groupe
sur les nouvelles procédures juridictionnelles***

Struktur und Strukturierung von Schriftsätzen und Urteilen als Voraussetzung des computerisierten Zivilprozesses

LISA MARIA SPÄTH

„Es gibt keine „Kunst der Anfertigung von Schriftsätzen, jeder schreibt nach seinen persönlichen Vorlieben aufs Geratewohl, nicht selten am Thema und regelmäßig am Vortrag des Gegners vorbei“¹ so beschreibt Prof. Dr. Gaier (RiBVerfG a.D.) die derzeitige Situation, in der Richter an deutschen Gerichten zu arbeiten haben. Dieses Thema und vor allem seine Weiterentwicklung sind natürlich äußerst spannend – gerade auch für die angehenden Juristinnen und Juristen, die während des Studiums in die Arbeitsrealität meist noch keine tiefgehenden Einblicke haben, denn die aktuelle Situation vor Gericht steht besonders im Kontrast zum Alltag der aktuell Studierenden. In den Vorlesungen sieht man kaum noch jemanden auf Papier schreiben, geschweige denn damit arbeiten.

Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe zur Strukturierung von Schriftsätzen und Urteilen als Voraussetzung des computerisierten Zivilprozesses sollen im Folgenden dargestellt werden.²

I. Die Strukturierung von Schriftsätzen

Strukturierung von Schriftsätzen bedeutet, dass die einzelnen Schriftsätze ein eigenes Regelwerk bekommen, nach welchem sie geordnet geschrieben werden, so dass sich am Ende ein über-

¹ Gaier, ZRP 2015, 101.

² Die Gruppe wurde von Prof. Dr. Gaier geleitet. Prof. Dr. Knetsch von der Universität Jean Monnet Saint-Etienne hat die Gruppe bei sprachlichen Problemen unterstützt.

sichtlicher, klar gegliederter Schriftsatz mit den unterschiedlichen Anträgen und Beweisen ergibt, der für den Richter sowie die beiden Parteien übersichtlich ist.

Derzeit scheint es kaum denkbar, Schriftsätze, wie sie derzeit geschrieben werden, sinnvoll in eine Legal Tech-Anwendung einzubinden, da diese keine inhaltliche Struktur aufweisen. Dadurch würden sich auch Computerprogramme beim Sortieren schwertun. Deswegen bildet die Strukturierung von Schriftsätzen eine wichtige Voraussetzung für eine sinnvolle Nutzung von Hilfsmitteln wie Legal Tech.

Beispielsweise könnte die Dauer von Prozessen deutlich verkürzt werden. Prof. Dr. Greger hat in seinem Vortrag die Berge an Schriftsätzen mit Gürteltieren verglichen. Es entstehen riesige Papierberge, die von den Richtern durchzuarbeiten sind. Je höher der Fall in der Hierarchie der Gerichte geht, desto höher wird der Papierhaufen und desto zeitaufwändiger die Bearbeitung. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland herrscht die Mündlichkeit der Verhandlung vor. Schriftsätze dienen nur zur Vorbereitung. Es gibt in Deutschland schon nach der ZPO kaum Ausnahmen, in denen auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden kann.³

1. Schriftsätze in Deutschland

Derzeit bereiten die Parteien die Schriftsätze vor, erläutern dadurch den Sachverhalt und stellen Beweisanträge. Es gibt keine ausschlaggebenden Formvorschriften.⁴ So ist es offen, in welchem Umfang der Text zu gestalten und sprachlich abzufas-

³ Musielak/Voit/Stadler, ZPO, 16. Aufl., München 2019, § 128 Rn. 1.

⁴ Vgl. § 130 ZPO.

sen ist. Es herrscht keine einheitliche Form vor, die gut dazu geeignet ist von einem Programm erfasst und sortiert zu werden.⁵ Solange keine inhaltliche Trennung und dadurch Strukturierung entwickelt und durchgesetzt wird, kann auch Legal Tech den Prozess nicht vereinfachen und beschleunigen. Die mögliche Strukturierung müsste verpflichtend gelten, damit ein einheitliches System in Form einer Legal Tech-Anwendung flächendeckend in Deutschland genutzt werden könnte.

2. Schriftsätze in Frankreich

In Frankreich gibt es bereits eine Form der Strukturierung, in der nach den einzelnen Tatsachen- und Rechtsbehauptungen unterschieden wird. Interessant ist dabei, dass in der juristischen Ausbildung in Frankreich kein so großes Augenmerk auf den formalen Schreibstil gelegt wird wie in Deutschland. Der Gutachtenstil ist für das Schreiben einer deutschen Klausur hingegen essenziell.

Im Jahr 2017 wurde ein Décret⁶ erlassen, das noch genauere Vorschriften zum Umgang mit Schriftsätzen vorgibt. So müssen zum einen der Verfahrensverlauf mit Tatsachen dargestellt werden und zum anderen die einzelnen Behauptungen. Nur wenn die Argumente in ein bestimmtes Dokument eingebaut sind, werden sie im Prozess berücksichtigt. Dadurch entsteht ein besonderer Druck, die Schriftsätze ordnungsgemäß zu bearbeiten.

Das französische Modell eignet sich schon jetzt, um in Legal Tech umgesetzt zu werden. Ein weiterer Vorteil ist, dass die

⁵ *Zwickel*, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et. al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017, 2018, S. 179 ff. (180).

⁶ Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

französischen Juristinnen und Juristen bereits an die Strukturierung gewöhnt sind. Neu wäre dadurch nur die Eingabe, nicht der komplette Schreibstil.

II. Die Vorstellung einer Legal Tech Anwendung im Zivilprozess

In der Arbeitsgruppe haben wir uns auch Gedanken darüber gemacht, wie ein solches Programm aussehen könnte und welche Aspekte in der Praxis besonders sinnvoll erscheinen, denn das Ziel von Legal Tech Anwendungen soll es ja sein, die Arbeit zu erleichtern. Ein solches Programm (Legal Tech-Anwendung) könnte die Strukturierung zum Beispiel nach Tatbeständen oder Behauptungen vornehmen und auch die Wechselseitigkeit des Prozessablaufs gut einfangen. Man stelle sich ein zweiseitiges Programm vor, in dem die klagende Seite zuerst ihre vermeintlichen Ansprüche nach Tatbeständen und Tatbestandsmerkmalen aufgeteilt einträgt oder eben etwaige Behauptungen, sollten dem Rechtsstreit keine Anspruchsgrundlagen zugrunde liegen. Auf der anderen Seite kann dann der Beklagte auf die einzelnen Vorwürfe antworten – alles klar und ordentlich gegenübergestellt. Das Programm kann in der Regel auch problemlos eine Gliederung erstellen, die neuesten Einträge hervorheben oder speziell dafür Benachrichtigungen verschicken. So könnten alle bearbeitenden Parteien sich auf die neuen Informationen und Anträge konzentrieren und würden nicht unnötig viel Zeit damit verschwenden müssen, sich regelmäßig neu in den Sachverhalt einzuarbeiten. Ein automatisch generierter Zeitstrahl sollte dabei auch nicht fehlen, sowie Verknüpfungen zwischen den Dateien mit den Beweisen und dem Schriftsatz-Dokument für einfaches Springen zwischen den Dokumenten ohne aufwändiges Suchen.

Natürlich kann man auch eine Freischalt-Funktion integrieren, durch welche das Gericht die Veränderungen für die andere Seite freischalten kann und so jeder nacheinander auf die Änderungen zugreifen kann. Dadurch könnte gewährleistet werden, dass kein Durcheinander entsteht, wenn mehrere Parteien gleichzeitig Einträge bearbeiten.

Um Rechtssicherheit zu gewährleisten, könnten die Beiträge unabänderlich sein, sobald sie einmal hochgeladen wurden, ähnlich wie Briefe, die abgeschickt worden sind. Wenn es in einzelnen Punkten mehr Diskussionsbedarf gibt, könnte man einzelne Unterpunkte erstellen, die eingerückt oder getrennt vom gesamten Sachverhalt zu bearbeiten wären.

III. Die Chancen und Risiken von Streitbeilegung durch Legal Tech

Eine Veränderung des aktuellen Streitbeilegungs-Prozesses birgt neue Möglichkeiten und Chancen. Aber natürlich bringt jede Veränderung auch die Möglichkeit mit sich, die Situation zu verschlechtern. Wichtig ist, die Qualität der Entscheidungen und der Streitbeilegung weiterhin zu erhöhen und vor lauter Veränderung nicht das Wesentliche aus den Augen zu verlieren.

1. Chancen

Ein großer Vorteil von Legal Tech-Anwendungen könnte sein, dass die Hemmschwelle vor einem Prozess deutlich herabgesetzt werden könnte. Es würden sich sicherlich deutlich mehr Kläger an einen Zivilprozess wagen, wenn die Prozessdauern deutlich verkürzt wären, was allein durch die Strukturierung und die Legal Tech Einbindung automatisch geschehen würde. Das hätte zur Folge, dass das Vertrauen der Bürger in den Rechtsstaat gestärkt werden würde. Dabei könnten in der Zukunft einfache Bagatellfälle gleichzeitig durch Anwendungen gelöst werden und somit die Judikative deutlich entlasten. Der Zugang für ein größeres Publikum könnte erleichtert werden.

Diese automatisierte Streitbeilegung läge weiterhin in staatlicher Hand und könnte dadurch reguliert werden.

Die Streitbeilegung könnte sich als deutlich bequemer erweisen. So kann man sich vorstellen, dass Formulare und Anträge online auszufüllen und einzureichen sind. Dabei könnten, wie bei dem Steuerprogramm ELSTER, auch Erklärfelder integriert sein, sodass dieses auch von Laien bedienbar ist. Dadurch könnten kleine Fälle vielleicht auch ohne einen Anwalt gelöst werden bzw. ohne Anwalt bei Gericht eingereicht werden.

Die Möglichkeit, sich einfach und schnell rechtlichen Beistand zu suchen, wie z.B. durch immer erreichbare Anwaltshotlines, erleichtert den Rechtsverkehr und ist durch eine klare Preisgestaltung für die Kunden leicht zu erfassen. Die Preisgestaltung könnte durch Pauschalpreise und direkte, konkrete Angebote zudem deutlich transparenter und für den Laien leichter überschaubar werden. Rechtshilfe wäre dadurch auf noch deutlich einfachere Weise als bisher gewährleistet, wodurch sich Laien trauen könnten auch wegen „kleiner“ Probleme Hilfe zu suchen.

2. Risiken

Ein nicht zu vernachlässigendes Risiko stellt jedoch die immer größer werdende Abkehr vom staatlichen Zivilprozess dar. Vielen erscheint der klassische Gang zum Anwalt zu kompliziert oder der durchzusetzende Anspruch als zu geringwertig. Deswegen entsteht Raum für Rechtssysteme und Streitbeilegungssysteme, die außerhalb der staatlichen Kontrolle liegen, wie z.B. das Streitbeilegungssystem von PayPal.⁷

Durch die Möglichkeit, einen viel breiteren Markt ohne großen Aufwand für die Kunden bedienen zu können, gewinnen

⁷ Fries, NJW 2016, 2860.

Anbieter wie Flight Right⁸ immer mehr an Einfluss. Dabei geben Kunden einen Teil ihres Anspruches ab und die Firma kümmert sich um die Durchsetzung. Durch staatlich regulierte Legal Tech-Anwendungen, die den Umgang mit Bagatellfällen erleichtern, könnten externe Streitbeilegungssysteme an Bedeutung verlieren, da diese, im Vergleich zu den staatlichen Streitbeilegungsmechanismen, keinerlei Vorzug mehr zu bieten hätten. Dadurch könnten diese Fälle wieder in die Obhut der staatlichen Kontrolle zurückfinden. So könnte sichergestellt werden, dass alle Seiten nach dem geltenden Recht behandelt werden und nicht etwa wie bei PayPal nach einer eigens erdachten Ordnung. Die meisten Laien würden sich schwertun, zu sehen, dass das PayPal-Law zum Teil nicht dem geltenden europäischen Kaufrecht entspricht und sollten daher geschützt werden.

Wenn Fälle rein über Legal Tech-Anwendungen abgehandelt würden, fände kaum eine allumfassende Beratung durch einen Anwalt statt, da die Klienten ihre Fälle selbst einreichen könnten. Das könnte dazu führen, dass die Konsequenzen zum Beispiel in Form von entstehenden Kosten nicht richtig erkannt werden. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge.

Außerdem könnte sich die ZPO dahingehend verändern, dass die Fälle nicht mehr mündlich verhandelt und schriftlich vorbereitet, sondern die Mündlichkeit als Ganzes in den meisten Fällen wegfällt. Dadurch würde den vorbereitenden Schriftsätzen der Parteien eine noch größere Bedeutung zukommen und der Richter hätte weniger Entscheidungsspielraum⁹ im Rahmen der mündlichen Verhandlung, zumal sich dann die Frage stellt,

⁸ www.flightright.de (Stand: 4.6.2019).

⁹ *Zwikel*, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann/Gläß/Gonska et. al. (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht – 3. Tagung junger Prozessrechtswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017, 2018, S. 179 ff. (183).

ob Legal Tech-Anwendungen überhaupt den ganzen Sachverhalt erfassen können. Unabhängig von der Technik müsste nämlich die bearbeitende Person den Sachverhalt vollständig erfasst haben, um diesen adäquat wiedergeben zu können.

In der heutigen Zeit werden die zu bearbeitenden Fälle immer komplexer. Ein Urteil muss nicht nur mit der eigenen Rechtsordnung im Einklang stehen, sondern es spielen immer mehr Schnittstellen zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen eine wichtige Rolle. Genau diese Aspekte müssen auch bei der Bearbeitung der Fälle eingefangen werden. Auch bevor der PayPal-Fall¹⁰ vom BGH verhandelt wurde, war unklar, wie mit diesem relativ neuen Problem umgegangen werden muss.

Aber auch die Intransparenz der Algorithmen könnte ein Problem darstellen. Den meisten Anwendern wird es an technischem Verständnis mangeln, um die Anwendung durch und durch verstehen zu können. Insbesondere in den Fällen, in denen die Legal Tech-Anwendung die Ergebnisse auch auswertet und nicht nur sortiert, wird dies zu einer Gefahr. Dann ist unklar, nach welchen Maßstäben der Algorithmus entscheidet.

Das größte Risiko stellt dennoch das scheinbare Unvermögen von „Maschinen“ dar, Gefühlslagen und zwischenmenschliche Beziehungen einzuschätzen und zu bewerten. Insbesondere in Sorgerechtsfällen scheint Legal Tech im Sinne von automatischen Entscheidungen nur eine kleine Rolle spielen zu können, aber auch dort ist Unterstützung in Form von klarer Aufbereitung des Sachverhaltes hilfreich.

¹⁰ BGH NJW 2018, 537.

IV. Die Zulässigkeit von Legal Tech Tools

So fantastisch die Vorstellung von Legal Tech-Anwendungen auch ist, es bleibt die Frage bestehen inwiefern diese auch zulässig sind und mit der aktuellen Gesetzeslage übereinstimmen. Wann sind solche Anwendungen Hilfestellung für den Laien und ab wann überschreiten sie die Grenze zur Rechtsdienstleistung? Die verschiedenen Fragen der Zulässigkeit wurden während des Forschungsateliers rege diskutiert.

1. Rechtsdienstleistungsebene

Ab wann werden die Grenzen zum Rechtsdienstleistungsgesetz überschritten und wie könnten Legal Tech-Anwendungen konzipiert werden, ohne ein potentiell Risiko für die einzelnen Verbraucher entstehen zu lassen? Gerade bei geringerwertigen Forderungen würden eher weniger Verbraucher einen Anwalt engagieren und vor Gericht ziehen. Wenn diese dann auf Legal Tech-Anbieter zugreifen, sind sie diesen „ausgeliefert“, denn die wenigsten würden eine zweite Meinung eines Anwaltes einfordern.¹¹ Daher kann es für den Laien schwer zu erkennen sein, ob durch den Legal Tech-Anbieter ein für ihn gutes Ergebnis erzielt wird.

Die Rechtsdienstleistungsschwelle wird gemäß § 2 I RDG überschritten, sobald eine Überprüfung eines konkreten Falles und eine Tätigkeit in fremder Angelegenheit vorliegt. Bei den meisten Legal Tech-Anwendungen wird es sich um eine Rechtsdienstleistung nach § 2 RDG handeln, da diejenigen, die Rechte für andere durchsetzen, allein schon durch die Prozessfinanzierung in fremder Angelegenheit handeln.¹² Viele dieser Dienstleister werben damit, dass die Mandanten nur vom Gewinn etwas abgeben und sonst keinerlei Kosten auf diese zukommen, auch nicht im Falle eines Verlustes. Zweifelhaft ist, ob man sich

¹¹ *Valdini*, BB 2017, 1609.

¹² *Greger*, MDR 2018, 898.

richtigerweise von einer Firma vertreten lassen sollte, die parallel noch eigene Interessen verfolgt, sowie Prozesskostenminimierung betreibt und dabei einen möglichst hohen Gewinn erzielen will.¹³ § 4 RDG verbietet solche Dienstleistungen, wenn durch die verschiedenen Interessen die ordnungsgemäße Erbringung der Rechtsdienstleistung gefährdet ist, wobei hier argumentiert werden könnte, dass diejenigen, die den Prozess führen, auf einen möglichst hohen Gewinn aus sind, was grundsätzlich im Sinne desjenigen wäre, der die Forderung abgetreten hat.¹⁴ Daher ist § 4 RDG in diesen Fällen nicht einschlägig.

2. Prozessebene

In Bagatellsachen ist es gut vorstellbar, dass Legal Tech schnelle Lösungen bringt, die auch kostengünstig abgehandelt werden könnten, gerade wenn man den Einsatz eines Robojudges mit in Betracht zieht. Einfache, sich oft wiederholende Fälle könnten dadurch deutlich schneller abgehandelt werden, wodurch der Prozess auch günstiger werden würde.

Der gewisse Appell-Charakter, der jeder Verhandlung innewohnt, ginge allerdings verloren, sobald der gesamte Prozess vor einem Computer stattfindet. Doch wird die Rechtssicherheit gefördert, wenn die Möglichkeit besteht, auch bei kleineren Klagen vor Gericht zu ziehen.

3. Materiell rechtliche Perspektive

In der Arbeitsgruppe wurde auch intensiv darüber diskutiert, ob Urteile von Maschinen, insbesondere durch Künstliche Intelligenz, denkbar sind und ob diese sinnvoll sind. Mit dem heutigen Stand der Technik scheint die digitale Beweiswürdigung kaum möglich, jedoch ist davon auszugehen, dass sich in diesem Bereich in den nächsten Jahren in Verbindung mit Künstlicher Intelligenz viel verändern wird. Dennoch sollte in diesem Fall

¹³ *Valdini*, BB 2017, 1610.

¹⁴ *Hartung*, BB 2017, 2287

nur ein Vor-Urteil generiert werden, welches der Richter nur noch überprüfen und das Urteil sprechen müsste. Künstliche Intelligenz bietet den großen Vorteil der Vereinheitlichung der Rechtsprechung; jedoch wurde, in der Arbeitsgruppe, auch die Frage aufgeworfen, wann und ob die Möglichkeit besteht, moralisch billige und rechtliche korrekte Urteile generieren zu lassen, auf deren Richtigkeit zu vertrauen ist.

Die Teilnehmer der Arbeitsgruppe haben sich überwiegend für die Prüfung durch einen „menschlichen“ Richter ausgesprochen, dem aber digital zugearbeitet werden soll. Fälle, die überwiegend online ablaufen, wie z.B. „Flight Right“-Fälle wurden mit großer Skepsis wahrgenommen, da der Mangel an staatlicher Kontrolle die Gefahr in sich birgt, dass eine zweite Rechtsordnung neben der eigentlichen Landes-Rechtsordnung entsteht, die sich leicht der staatlichen Kontrolle entzieht.

V. Fazit

Für die nähere Zukunft bleibt zu hoffen, dass eine Struktur für die deutschen Schriftsätze gefunden wird, damit eine Nutzung von Legal Tech-Software sinnvoll stattfinden kann.

Da in Frankreich schon eine Strukturierung vorherrscht, sollte es ohne große Veränderungen möglich sein, diese in ein oben beschriebenes (zusammen bearbeitbares) Onlineverfahren zu implementieren. Also bleibt nur mit offenen Augen nach Frankreich zu blicken und zu schauen, ob Legal Tech auch tatsächlich im französischen Zivilprozess zeitnah Anwendung findet.

Es ist unabdingbar, dass die Prozessführung erleichtert und beschleunigt wird. Die Geschwindigkeit, in der Prozesse ablaufen, passt nicht zu der, die im wirtschaftlichen Verkehr gefordert wird. Dabei sollte die Justiz, natürlich nur bis zu einem gewissen Grad, anpassen und sich auch an die Lebensgeschwindigkeit halten, die von der Gesellschaft vorgelebt wird. Prozessdauern

wie die heute üblichen belasten die einzelnen Bürger und dadurch die Gesellschaft. Deswegen ist die Veränderung im Rahmen von Legal Tech so wichtig.

Die Strukturierung von Schriftsätzen ist unbedingt Voraussetzung für die Digitalisierung. Sonst wären die Programme zu umfangreich und würden kaum Vorteile bieten. Natürlich wäre der Umstieg auf den reinen Mail-Verkehr ein Anfang, aber eine echte Weiterentwicklung, die die gleichen Vorteile bietet wie Legal Tech wäre das kaum.

Une justice civile proche des citoyens : perspectives pour une procédure dématérialisée des petits litiges

MARIE-NOËL KOFFI

Dans le souci de rétablir la confiance des citoyens dans la justice, le gouvernement a ouvert les chantiers de la justice le 6 octobre 2017. Cinq mois plus tard, soit le 9 mars 2018, sont présentés par le Premier ministre et la Garde des sceaux, les axes de cette réforme. Ceux-ci visent l'amélioration et la simplification des procédures civiles et pénales, la numérisation de la justice, le sens et l'efficacité des peines ainsi que l'adaptation de l'organisation judiciaire. La loi de programmation et de réforme de la justice¹ promulguée le 23 mars dernier est issue des chantiers de la justice. Cette loi présente plusieurs innovations majeures parmi lesquelles se trouve la possibilité offerte aux parties de recourir à une procédure dématérialisée s'agissant des petits litiges.

Il convient donc de se demander ce qu'est un petit litige (I.) avant de s'interroger sur les différents mécanismes de règlement de litiges (II.). Après avoir tenté d'apporter des réponses à ces interrogations, il s'agira de présenter les avantages, inconvénients et limites du recours à une procédure dématérialisée (III.).

I. La définition des petits litiges

Les petits litiges peuvent être définis par rapport à la valeur du litige.

En France, lorsque le montant du litige excède 4000 euros, le tribunal d'instance juge en premier ressort, ce qui signifie que la

¹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

décision rendue est à charge d'appel.² Les parties peuvent interjeter appel de la décision afin de contester le jugement et ensuite former un pourvoi en cassation pour contester l'arrêt rendu par la cour d'appel. Les parties disposent donc de deux voies de recours : la saisine de la cour d'appel et le pourvoi en cassation. Cependant, la solution diffère lorsque la valeur du litige n'excède pas 4000 euros. Dans ce cas, le tribunal d'instance statue en dernier ressort, ce qui signifie que la décision n'est pas à charge d'appel, les parties ayant néanmoins la faculté de former un pourvoi en cassation en contestation de la décision des premiers juges.

En Allemagne, l'appel n'est possible que si la valeur du litige est supérieure à 600 euros. Pour ce type de litige, le juge peut trancher sans suivre la procédure ordinaire.

On en déduit donc qu'en France les petits litiges sont ceux dont la valeur n'excède pas 4000 euros tandis qu'en Allemagne il s'agit des litiges dont le montant ne dépasse pas 600 euros.

Ainsi, dans la perspective d'une procédure dématérialisée des petits litiges, l'article 26 de la loi de programmation et de réforme pour la justice dispose que la procédure devant le tribunal de grande instance peut se dérouler sans audience avec l'accord des parties. Dans cette situation l'oralité est écartée au profit de l'écrit.

Par ailleurs, peut-on également définir les petits litiges en fonction de la complexité de l'affaire ? Une réponse négative s'impose car les petits litiges peuvent également donner lieu à des affaires complexes.

² Article R. 221-37 du Code de l'organisation judiciaire.

II. Les mécanismes existants et perspectives

Le rapport annexé à la loi de programmation vise une justice « simple, efficace, moderne et proche des gens ». Dans cette optique, la loi de programmation prévoit une procédure de dématérialisation dans deux mécanismes de règlement des différends : les injonctions de payer et les modes alternatifs de règlement des différends.

L'article 26 de la loi de programmation précise que pour les petits litiges, les parties peuvent recourir à une procédure dématérialisée s'agissant des oppositions aux ordonnances portant injonction de payer. Dans cette hypothèse, la procédure se déroule sans juge. L'article suivant précise que les demandes d'injonctions de payer sont entièrement dématérialisées sauf pour les personnes n'ayant pas la qualité de professionnel et celles non représentées par un mandataire. Celles-ci pourront effectuer leur demande via un support papier.

S'agissant des modes alternatifs de règlement des différends, il convient de préciser que la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 a rendu obligatoire la conciliation préalable pour les litiges n'excédant pas 4000 euros. Dans cette continuité, la loi de programmation et de réforme de la justice étend la procédure de résolution à l'amiable préalable obligatoire aux litiges portés « dorénavant devant le tribunal de grande instance lorsque la demande n'excède pas un montant défini par décret en Conseil d'Etat ou lorsqu'elle a trait à un conflit de voisinage ».³

III. Les avantages, les inconvénients et les limites

L'un des avantages de la dématérialisation réside dans le fait qu'elle favorise une proximité entre la justice et le justiciable. La dématérialisation est également un gage de célérité dès lors que

³ Voir rapport annexé à la loi de programmation et de réforme de la justice du 23 mars 2019.

le justiciable au lieu de se rendre greffe du tribunal, pourra effectuer sa demande en ligne.

Cependant, la dématérialisation a comme toute médaille son revers. Elle présente l'inconvénient de la déshumanisation. Aussi, la mise en place d'un tel dispositif nécessite-t-elle un coût considérable.

Par ailleurs, imposer une procédure dématérialisée pour les petits litiges ne porte-t-il pas atteinte à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ? En effet, ce texte garantit aux parties, le droit à un procès équitable sans distinction et par conséquent un droit d'accès au juge. Or, réserver l'accès au juge aux « gros litiges » au détriment des petits litiges, pourrait être considéré comme une atteinte au droit à un procès équitable.

La dématérialisation conserve donc des avantages mais mérite d'être encadrée. Celle-ci ne peut être efficace qu'à la condition d'être conciliable aux droits fondamentaux des personnes et aux principes de la procédure civile, tel que le respect du principe du contradictoire.

Ainsi, la dématérialisation systématique se justifie pour les demandes d'injonction de payer puisque la procédure n'est pas contradictoire. En effet, lorsque le juge est saisi d'une demande en injonction de payer, il se fonde sur les éléments qui lui ont été transmis par le créancier sans entendre les arguments du débiteur, pour rendre sa décision. En revanche, en cas de contestation, le tribunal convoque les parties en application du principe du contradictoire, et procède à une tentative de conciliation. En cas d'échec, il rend un jugement. Cela signifie que la dématérialisation de la procédure d'injonction de payer ne marche réellement qu'en cas de non contestation.

L'open data et justice prédictive

FRANÇOIS THEVENOT

À la suite de l'intervention de Monsieur Louis Larret-Chahine, directeur général de la société *Predictice*, et de la conférence de Madame Marianne Cottin, maître de conférences en droit privé à l'université Jean Monnet de Saint-Étienne, nous avons été amenés à réfléchir sur la construction de l'*open data* des décisions de justice et le rapport entre celui-ci et la justice dite « prédictive », ainsi qu'aux conséquences de cette dernière sur la pratique du droit.

Il convient de faire immédiatement une précision sémantique cruciale. L'expression française « justice prédictive », ainsi que l'a rappelé Monsieur Larret-Chahine et qu'une partie de la doctrine s'intéressant à cette question le précise,¹ est une mauvaise traduction de la formule anglo-saxonne *predictive justice* qui serait plus justement traduite en « justice prévisible ». En effet, il s'agit à l'heure actuelle non pas, par un logiciel, d'aboutir en un instant à une décision de justice type que le juge n'aurait plus qu'à signer, voire même à un « robot-juge », mais uniquement d'analyser massivement les décisions de justice antérieures afin d'en dégager les tendances sur un cas précis. Malheureusement - mais n'est-ce pas à des fins de marketing et de « buzz » ? - c'est la première formule qui a été retenue et largement diffusée, ce

¹ *Garapon/Lassègue*, Justice digitale, PUF, 2018, 292 p. ; *Dondero*, Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ?, D. 2017, p. 532 ; *Marin*, in: *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation* (sous la dir.), La justice prédictive, Dalloz, 2018 : « Mais, je souhaiterais m'arrêter un instant sur le syntagme de « justice prédictive » duquel découle souvent, en français, le concept de prédiction qui me paraît indûment relever du prophétique alors que le verbe *predict*, en anglais, signifie certes prédire mais aussi prévoir et l'adjectif *predictable* se traduit bien, quant à lui, en français par ce qui est sans surprise ou prévisible. ».

qui a alimenté de nombreux fantasmes et peurs chez les juristes français.

Le groupe était composé d'étudiants et de doctorants allemands, autrichiens et français ce qui nous a permis de procéder à une comparaison extrêmement intéressante entre les trois systèmes. Chaque pays se situe à des niveaux différents sur les deux questions :

- L'Allemagne est, pour l'instant, la plus en retrait de ces problématiques puisque l'*open data* n'est pas encore envisagé à l'heure actuelle du fait de la diffusion des seules décisions des juridictions suprêmes, et ce de manière payante. La « justice prédictive » nécessitant obligatoirement un accès à un maximum de décisions pour être effective, elle est encore bien loin d'être développée et utilisée outre-Rhin ;

- L'Autriche est le pays le plus à la pointe des trois en ce qui concerne l'*open data* puisqu'elle dispose d'un portail nommé « RIS » (*Rechtsinformationsystem des Bundes*)² où tout individu peut accéder, en principe, à n'importe quelle décision de justice autrichienne. Cependant, cette base de données doit être alimentée par les juridictions elles-mêmes, et non pas par l'administration fédérale ou les États fédérés. La conséquence est qu'en pratique les juridictions n'ont ni les moyens ni le temps pour procéder à cette mise en ligne, et en l'absence de toute obligation pour elles de le faire, elles ne le font pas, rendant ce portail inutile et faisant alors de l'*open data* un mirage. En revanche, les juristes autrichiens ne semblent guère s'intéresser à la question de la « justice prédictive » ;

- la France est pour sa part à la pointe des pays d'Europe continentale en matière de « justice prédictive », puisqu'on y trouve déjà plusieurs *legaltech* qui développent de tels outils et qui commencent à les commercialiser, et semble en bonne voie pour ce qui est de l'*open data* des décisions de justice. Une loi de

² <https://www.ris.bka.gv.at/> consulté le 4 juin 2019.

2016³ a effectivement prévu cet outil de diffusion au public de toutes les décisions des tribunaux judiciaires et administratifs des trois niveaux, bien que les décisions des cours suprêmes (Conseil constitutionnel, Cour de cassation et Conseil d'État) fassent déjà l'objet d'une mise à disposition totale et gratuite. Cependant, les modalités de réalisation de ce *big data* demeurent encore inconnues puisque le décret d'application n'a pas encore été publié donc le mystère quant à sa forme et son contenu (quelles matières vont être concernées ? est-ce que les décisions publiées seront anonymisées ou « pseudonymisées » ?) reste entier.

Ce travail de présentation de l'approche par chaque système de l'*open data* et de la « justice prédictive » a été l'étape préalable à un débat sur les avantages et inconvénients de ces deux outils sur la pratique de la justice.

Nous avons abordé plusieurs points pendant nos débats mais quelques-uns ont soulevé plus de remarques et d'interrogations que d'autres. Parmi eux, la question de la diffusion du nom des magistrats sur les décisions publiées dans l'*open data* et du profilage de ceux-ci par les outils de « justice prédictive ».

- Les Autrichiens, comme les Allemands, ne sont pas inquiets d'une diffusion du nom des magistrats dans les décisions mises en ligne puisque, dans leurs législations respectives, il existe un paravent assez considérable à tout profilage : des principes constitutionnels précis sur la distribution des affaires entre les magistrats. Ces principes prévoient un mécanisme qui semble assez identique entre les deux États et qui repose sur une absence totale de cloisonnement des matières. Tout juge peut traiter de toutes les matières, ce qui rend déjà le profilage compliqué. Cette difficulté est accrue par le fait que chaque tribunal fonctionne différemment : certains vont procéder avec une at-

³ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

tribution par ordre alphabétique par rapport au nom du demandeur, d'autres par date de dépôt des demandes. Et le profilage, déjà quasi impossible, le devient réellement avec le changement de ces règles dans chaque tribunal chaque année. Par exemple, dans un tribunal donné, si en 2018, le juge A connaissait des affaires déposées entre le 1^{er} et 7 du mois, en 2019 il connaîtra de celle déposées entre le 21 et le 28, et ainsi de suite.

- Les Français sont beaucoup plus inquiets à ce propos étant donné qu'il existe une spécialisation des magistrats par matière. Et les craintes ont été alimentées par le fait que le Conseil constitutionnel approuve la diffusion des noms des magistrats dans l'*open data* au nom du principe de publicité de la Justice.⁴ Bien que cette décision prohibe tout profilage des magistrats, aucun contrôle efficace du fonctionnement des algorithmes de « justice prédictive » n'existe encore à l'heure actuelle. Or, sans un tel contrôle, comment s'assurer que les *legaltech* ne se livrent pas à un profilage de manière dissimulée ? Certains ont avancé l'idée qu'il faudrait rendre publics les algorithmes et leurs évolutions, mais cela pose plusieurs problèmes : il faut comprendre comment un algorithme fonctionne pour savoir si celui étudié est conforme à la loi ou non ; il ne faut pas que la protection de la propriété intellectuelle, qui est très importante pour les entrepreneurs sur un marché totalement nouveau comme celui de la « justice prédictive », fasse obstacle à la publicité.

Certains membres du groupe de travail ont soulevé le fait que le profilage existait déjà mais sur un plan local, pas national et pas de manière automatisée comme ce serait le cas avec la « justice prédictive ». Ce que l'on appelle trivialement des « bruits de couloir » est monnaie courante dans les juridictions entre les avocats et chaque professionnel sait que tel magistrat a tendance à juger d'une certaine manière. Mais cela n'est qu'une pratique

⁴ CC, 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, cons. 85 et cons. 93 à 95.

informelle et basée sur une expérience et un ressenti humain, alors que la « justice prédictive » permettrait de connaître de manière certaine et précise comment, dans un cas donné, le juge X se prononce et quel montant il accorde en moyenne.

Cette connaissance approfondie de la jurisprudence locale peut avoir plusieurs conséquences dont nous avons discuté ensuite, sous la forme d'un classement avantages-inconvénients (bien que plusieurs de ces conséquences entrent dans les deux cases).

Savoir exactement comment et pourquoi les magistrats, sur une matière donnée et dans un cas d'espèce précis, jugent comme ils jugent permettrait aux chercheurs de comprendre les tendances jurisprudentielles et de mieux anticiper les potentiels changements dans la position des juridictions suprêmes.

Seulement, cette connaissance totale du travail d'un magistrat précis sur la durée de sa carrière donnerait aux avocats des armes très puissantes pour défendre leurs prétentions devant ledit magistrat. Ils pourront « faire pression » sur ce dernier en lui rappelant que cela fait très longtemps qu'il juge dans ce sens et qu'il accorde tant, ce qui rendrait donc incompréhensible qu'il juge autrement dans le cas qu'il a à juger à présent. La question du courage des juges peut être vue inversement : l'avocat pensant que le magistrat cédera à la pression du passé, il lui présente des chiffres et des cas d'espèces ressemblants mais pas identiques ; le magistrat pourrait alors se rebeller et juger totalement différemment. Cela demeure néanmoins peu probable en raison du manque de temps des magistrats et de leur peu d'envie de voir leurs décisions se faire censurer par les juridictions supérieures pour rupture d'égalité entre les justiciables.

Si toutes les décisions, dès qu'elles sont rendues, sont publiées, le contrôle par les juridictions suprêmes de la légalité des décisions inférieures pourrait gagner fortement en importance. Cette question est assez franco-française mais il est vrai

que la Cour de cassation a été uniquement créée à l'origine pour censurer les décisions rendues illégalement par les juges d'appel. À l'heure actuelle, la Haute juridiction civile ne connaît ces arrêts quasiment que s'ils font l'objet d'un pourvoi en cassation de la part d'une partie mécontente. La publication de toutes les décisions pourrait donc permettre aux juges du droit de surveiller plus en détail toutes les décisions de cours d'appel, même celles qui satisfont toutes les parties. Cette hypothèse ne semble pourtant pas souhaitable puisque si la décision convient à tout le monde, quel intérêt y aurait-il de la censurer et de renvoyer tout le monde à une audience de plus ? D'autre part, bien que ce soit en principe un bénéfice car le respect de la loi serait bien mieux assuré qu'auparavant, il est peu probable que les magistrats de la Cour de cassation aient le temps de contrôler la légalité de tous les arrêts d'appel.

L'*open data* des décisions couplées à la « justice prédictive » n'aurait pas que des inconvénients, sinon il ne serait pas le marché porteur qu'il est actuellement. Le premier de ces avantages est l'avère de la pièce de la standardisation des décisions, qui rendrait le travail du juge mécanique et qui serait favorisée par le manque de courage et la facilité ainsi que nous l'avons vu avant. Cet autre tranchant de la standardisation, qui a fait consensus dans le groupe de travail, est la potentielle réduction des inégalités de jugement sur le territoire. Puisque la « justice prédictive » permettrait de savoir dans chaque tribunal de France si, sur un cas d'espèce spécifique, le demandeur a obtenu gain de cause et quelles ont été les mesures prises par le juge, les avocats pourraient très facilement faire valoir l'argument de l'égalité entre les citoyens pour obtenir une solution similaire à la tendance générale. Cela entraînerait, à terme, un nivellement par le haut puisque tous les avocats se baseraient sur la fourchette haute de la tendance et que les juges auraient de plus en plus de mal à s'opposer à une telle tendance, de peur de se voir censurer pour avoir causé une rupture d'égalité entre les justiciables.

Enfin, et c'est un des arguments de vente les plus utilisés par les *legaltech*, la connaissance des probabilités de succès et des montants accordés (car c'est souvent ce qui intéresse principalement les justiciables) à l'avance de manière quasiment certaine serait un facteur extrêmement persuasif de recours aux modes alternatifs de règlement des différends (MARD). L'avocat serait à même de pouvoir donner des chiffres plutôt sûrs quant aux chances de succès du dossier devant le tribunal concerné et aux montants que le client pourrait espérer, ce qui lui donnerait de quoi convaincre ce dernier qu'il vaut mieux tenter de négocier directement avec l'adversaire au cas où ces chiffres ne seraient pas en sa faveur. Et même si les chances sont moyennes, la question pourra alors se reporter sur les délais : vaut-il mieux avoir 55 % de chances de gagner et obtenir réparation de tous ses préjudices intégralement mais attendre environ deux ans, s'il n'y a pas d'appel, ou accepter de réduire sa prétention d'un peu et que ce soit réglé amiablement en moins de six mois ?

Ergebnisse

Diskussion und Zusammenfassung aus deutscher Sicht

MICHAEL KEUCHEN



Ein **Video** mit einer Kurzzusammenfassung zum Thema
„Die Digitalisierung des Zivilrechts“ ist unter
<https://youtu.be/61lJ7KthQbE> verfügbar.



Ein Video mit einer Kurzzusammenfassung zum Thema
„Die Digitalisierung der Ziviljustiz“ ist unter
<https://youtu.be/plZKOzekYNo> verfügbar.

Das Forschungsatelier „Die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich“ betrachtete die Folgen sowie Entwicklungen der digitalen Transformation¹ sowohl aus einer rechtsvergleichenden als auch interdisziplinären Perspektive. Welche Konsequenzen sich bereits in der Rechtspraxis eingestellt haben und welche Anpassungen die Rechtswissenschaft zu diskutieren hat, wurde durch die Vorträge, Erörterungen sowie in den Gruppenarbeiten herausgearbeitet. Diese Ergebnisse werden anhand von zu Beginn aufgeworfenen

¹ Der Beitrag betrachtet nicht nur die Digitalisierung als die Einführung neuer technologiebasierter Lösungen und Mittel, sondern nimmt dem gesamtgesellschaftlichen Wandel wegen vielschichtiger digitaler Transformationsprozesse in den Blick. Zur Unterscheidung der Begriffe: Hess, Digitale Transformation strategisch steuern, Wiesbaden 2019, S. 18.

Thesen² zusammengefasst und es wird ein übergeordneter Ausblick gegeben.

I. Thesen in Bezug auf die Digitalisierung des Zivilrechts

1. Für autonom fahrende Fahrzeuge ist eine Umstellung des Haftungsrechts erforderlich.

Insbesondere in den §§ 1a, 1b StVG gab es bereits einige punktuelle Anpassungen³ wegen autonom fahrender Fahrzeuge. Jedenfalls für Fahrzeuge bis einschließlich 4. SAE-Stufe⁴ sind daher keine weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen notwendig.⁵ Die bestehende Halterhaftung gem. § 7 I StVG als Gefährdungshaftung bildet eine ausreichende Haftungsgrundlage.⁶ Jedoch wird sich das Recht durch die Rechtsprechung im Hinblick auf Verhaltenspflichten⁷ an den Nutzer eines autonomen Fahrzeuges fortbilden. Hingegen wird das 5. SAE-Level einen weitreichenden Durchbruch darstellen, welcher auch gesellschaftlich einen

² Sh. S. 9 ff.

³ Aches Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 16.06.2017, BGBl. I 2017, 1648.

⁴ Norm SAE J301 von SAE International, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806. Bei Level 0 findet keine Automatisierung statt, sodass der Fahrer eigenständig, wenn auch mit unterstützenden Systemen wie ESP oder ABS das Fahrzeug steuert. Zurzeit gängige Fahrzeuge des Levels 3 führen das Fahrzeug autonom, erwarten nach Aufforderung ein Eingreifen des Fahrers. Ab Level 4 wird auf diese Erwartung verzichtet. Schließlich beschreibt Level 5 eine Vollautomatisierung, bei welcher alle von einem Menschen übernommenen Fahraufgaben durch das Fahrzeug vollständig autonom erledigt werden können.

⁵ BMVI, Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren – Leitanbieter bleiben, Leitmarkt werden, Regelbetrieb einleiten, S. 16 f, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/broschuere-strategie-automatisiertes-ernetztes-fahren.pdf>. Hieraus ergab sich insbesondere noch ein rechtlicher Evaluations- und Regelungsbedarf.

⁶ *Kütük-Markendorf/Essers*, MMR 2016, 22, 25.

⁷ Wie sich aus BT-Drs. 18/11300, S. 13 ergibt, sollte mit der Änderung des StVG vom 16.06.2017 das Zusammenwirken zwischen dem Kraftfahrzeug mit der hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion und dem Fahrzeugführer geregelt werden.

weitergehenden Schritt darstellen wird. Als Stichwort sei hier nur die Akzeptanz der Bürger genannt. Spätestens mit der flächendeckenden Vernetzung von Fahrzeugen und neuen Mobilitätskonzepten, wie *Carsharing*, wird eine Evaluation notwendig werden und sicherlich zu legislativen Maßnahmen führen.⁸ Durchaus mag man das bestehende Haftungsregime insoweit hinterfragen, als in Zukunft die Unfallursache meist ein technisches Versagen und nicht mehr so häufig ein menschliches Versagen sein wird.⁹ Wegen des gesteigerten Einflusses des Herstellers kann die Halterhaftung zumindest überdacht werden.¹⁰ Dennoch ändert dies nichts an der Gefahrschaffung durch den Halter, der durch gleichbleibende Kriterien wie Nutzungshäufigkeit und Fahrzeugart ein risikoerhöhendes Verhalten, verbunden mit Nutzungsvorteilen für ihn, begründet.¹¹

Das Produkthaftungsrecht scheint ebenso weitestgehend auf autonome Fahrzeuge vorbereitet zu sein.¹² Auch in dem Zusammenhang entstehende Regressforderungen der Versicherer gegenüber den Herstellern gem. § 86 I 1 VVG wegen des Direktanspruchs des Geschädigten gegen die Versicherung nach § 115 I VVG, kann das Recht im Grundsatz abbilden und ist bereits jetzt – wenn auch nicht in dem Umfang – geltende Praxis.

⁸ *Kaler/Wieser*, NVwZ 2018, 369, 372, hält nach der notwendigen Änderung des Wiener Übereinkommens nicht nur eine Änderung des StVG für notwendig, sondern auch eine Anpassung der StVO und der StVZO.

⁹ Anstelle einer endgültigen Haftung durch die gesamte Kraftfahrzeugversicherungsgemeinschaft, könnte jeweils ein konkreteres Herstellerkollektiv, z.B. durch Einzahlungen in Haftungsfonds entstehen. Dies hätte den Vorteil, dass die nach den konkreten Haftungsrisiken ausgewählte Haftungsmasse für die durch sie hervorgerufenen Gefahren entsteht. In diese Richtung geht das Haftungsversprechen von *Samuelsson*, Präsident und CEO der Volvo Car Group, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://www.volvocars.com/de/volvo/innovationen/forschung-und-entwicklung/concept-cars/concept-26>.

¹⁰ *Schrader*, NJW 2015, 3537, 3541; *Schrader*, DAR 2016, 242, 245; *Borges*, CR 2016, 272, 277 ff.

¹¹ *Lutz*, NJW 2015, 119, 121.

¹² Mit weiteren Erläuterungen ebenso von *Bodungen/Hoffmann*, NZV 2016, 503, 508.

Somit wird letztendlich die Regulierung im Verhältnis der Kfz-Haftpflichtversicherung und der Betriebs-Haftpflichtversicherung des Herstellers erfolgen.¹³ Die ist auch sachgerecht, da in den Fällen eines Herstellerfehlers, dessen Versicherung und damit regelmäßig alle Käufer über die Preise der autonomen Fahrzeuge belastet werden. In den sonstigen Fällen hingegen wird das Kfz-Haftpflichtversicherungskollektiv gemäß den risikoorientierten Policen in Anspruch genommen.¹⁴

Zwar erscheint es in dem Zusammenhang interessant, die Auslegung des Herstellerbegriffes vor dem Hintergrund von Softwarelieferanten als Teilhersteller erneut zu überdenken. Allerdings lassen sich bereits heute schon vergleichbare Konstellationen vorstellen, in welchen Software als Produkt bewertet wird, erst Recht dann, wenn diese in einem Auto eingesetzt wird und der Fahrzeughersteller sich diese Vorteile zu Eigen macht. Bereits im geltenden Recht ist ein Produzent, Importeur und Lieferant eines fehlerhaften Bauteils nach § 4 ProdHaftG als Hersteller zu qualifizieren, welcher nach § 5 ProdHaftG als Gesamtschuldner haftet.¹⁵ Für etwaige Fehler hat er einzustehen und kann – vergleichbar zu den Verkäuferregresskonstellationen nach den §§ 445a, 445b BGB – von seinem Softwarelieferanten wiederum einen Ausgleich verlangen. Ebenso können mehrere Hersteller in Gesamtschuldkonstellationen untereinander nach § 5 ProdHaftG, § 426 II 1 BGB die Schäden nach den Verursacherquoten abwickeln und die Ersatzforderung geht anteilig auf den leistenden Gläubiger kraft Legalzession über. Gerade die für einen Verbraucher schwer nachweisbaren technischen Mängel, sollten nicht in dessen Verantwortung ausgetragen werden. Gleiches gilt für das Insolvenzrisiko. Hier sollte

¹³ BT/Drucks. 18/11300, S. 14.

¹⁴ Krit. Auseinandersetzung und Erwägung einer Einschränkung der Produkthaftung zur Förderung der autonomen Systeme von *Wagner*, AcP 2017, 707, 761 ff.

¹⁵ *Greger*, NZV 2018, 1, 4.

jeweils inter partes, entlang der Leistungskette mit dem jeweiligen Vertragspartner abgewickelt werden.

Neuartige Ideen wie die Schaffung einer eigenen (Teil-) Rechtspersönlichkeit¹⁶ hinsichtlich des Fahrzeuges sind für diese Konstellationen nicht zielführend.¹⁷ Dies eröffnet nur weitere Problemfelder, wie das fehlende Vermögen, in welches im Falle eines Unfalles vollstreckt werden könnte. Rechtlich lassen sich zwar Sicherungsinstrumente wie Pflichtbürgschaften oder Haftungsfonds der Hersteller konstruieren, wonach schlussendlich wieder die Hersteller die eigentlichen Schuldner sind. Solange das Fahrzeug nicht selbstständig und eigennützig Vermögen erwirtschaften kann, z.B. in Form eines automatisierten *Carsharing*- und Taximodels, bei welchem Einnahmen für Transportleistungen dem jeweiligen Fahrzeug zugutekommen, bringt der Ansatz einer Rechtspersönlichkeit keine nennenswerten Vorteile. Zusätzlich entstehen prozessuale Schwierigkeiten, wenn eine eigenständige Rechtspersönlichkeit klagen und verklagt werden kann, es aber an deren Prozessfähigkeit nach § 51 I ZPO mangelt. Selbst wenn die Rechtsordnung einer E-Person (Teil-)Rechtsfähigkeit und damit Parteifähigkeit zuschreibt, müsste die Person tatsächlich in der Lage sein, autonom Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen. Ob es dafür einen eigenen freien Willen bedarf,¹⁸ kann dahinstehen, da jedenfalls der erforderliche Sachverstand des digitalen Agenten in rechtlicher Hinsicht nicht ausreichend vorhanden ist, um selbstständig die wesentlichen Grundzüge eines Verfahrens zu erfassen, wenn

¹⁶ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 16.02.2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103 [INL] – P8_TA(2017)0051, Ziff. 59 f); ausführlich *Borges*, NJW 2018, 977.

¹⁷ Ablehnend *Lohmann*, ZRP 2017, 168, 171; *Armbrüster*, ZRP 2017, 83, 85; *Schirmer* AcP 2019, 711, 717, schlägt dagegen eine zu § 90a BGB vergleichbare und klarstellende Regelung für autonome Systeme vor.

¹⁸ *Schirmer*, JZ 2016, 660, 661 f. beschreibt die Lösungsansätze (freier Wille, Verhaltenskontrolle und soziale Zuschreibung) einen Subjektstatus zu begründen.

auch durch Unterstützung eines digitalen juristischen Agenten.¹⁹ Freilich mögen sich (menschliche) Prozessbevollmächtigte dafür bestellen lassen, aber dies würde die Anzahl der Verfahrensbeteiligten in diesen Massenverfahren gerade erhöhen, den Abstimmungsaufwand erschweren und dessen originäre Vorteile ins Gegenteil verkehren.²⁰

Insgesamt bietet das bestehende Haftungsrecht bereits ausreichend Potential für Innovation.

2. Es existiert längst ein parallel zum geschriebenen Recht laufendes Zivilrecht in der digitalen Welt. Der digitale Handel entwickelt nämlich zunehmend eigenständige Rechtsregeln, die vom geltenden materiellen Recht teilweise weit entfernt sind.

Meist existiert ein Dreiecksverhältnis zwischen den Plattformen als Vermittler und den jeweiligen Nutzern. Diese begehren ganz unterschiedliche Leistungen wie Kauf, Miete oder Dienstleistungen. Dafür stellen die Plattformen bereits Verträge zur Verfügung und wickeln den Vollzug des Vertrages auf tatsächlicher Ebene ab. Es besteht die Problematik, dass wegen der faktischen Vollziehung der Verträge in einer sehr großen Anzahl ein eigenes paralleles Recht entsteht, das eigenen Regeln unterworfen ist, welche die Plattform in ihren Verträgen teils faktisch und automatisiert durchsetzt.²¹ Dies verstärkt sich noch durch eine häufige Monopolstellung der Plattformen, so dass die Parteien auch keine Macht besitzen, die Regularien individuell auszuhandeln. Das kann eine immense Abweichung von den Vertragstypen des BGB zur Folge haben, welche grundsätzlich wegen der Privatautonomie zulässig ist, doch wegen der monetären Interessen der Plattformen an einem gerechten Interessenausgleich vorbegehen können. Wegen der faktischen Stellung

¹⁹ Vertiefend zu Mensch-Maschinen-Verbänden und Multi-Agenten-Systemen *Teuber*, AcP 2018, 155, 198 ff.

²⁰ Ähnlich *Spindler*, JZ 2016, 805, 816.

²¹ *Fries*, NJW 2016, 2860, 2861.

müssen Konsequenzen in Betracht gezogen werden. Für Verbraucher existieren vielfältige Schutzrechte, insbesondere die der §§ 241a, 312 – 312k, 355 ff.; 474 – 479, 491 ff. BGB. Aber auch kleine Unternehmen stehen den großen Konzernen gegenüber und sind, im deutschen Recht, durch eine nachträgliche AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB geschützt. Gleiches gilt für den Fall, dass sich der Anbieter zu einem privaten Richter über den Streitfall (z.B. PayPal-Käuferschutz) aufschwingen möchte. Nach welchen Kriterien dort entschieden wird, mag vielfach fraglich sein, wohingegen die Kunden vielleicht wegen der Schnelligkeit, Niederschwelligkeit und einer günstigen Lösung durchaus zufrieden sind.²²

Wenn der Kunde möchte, kann das Recht und im Speziellen das AGB-Recht Missstände einfangen. Für den Kunden bedeutet dies meist nur eine Erweiterung seiner Handlungsoptionen. Dennoch können rechtswidrige Klauseln immense Rechtsbeeinträchtigungen zur Folge haben, so dass es bei marktbeherrschender Stellung angezeigt sein kann, bereits *ex ante*-Klauseln durch eine unabhängige (europäische) Stelle prüfen zu lassen.²³ Darüber hinaus kann die Etablierung eines besonderen Gewährleistungsrechts (Sekundärrechte) auch gegenüber der Plattform angedacht werden.

Im Ergebnis kann nicht von einer parallelen Rechtswirklichkeit die Rede sein, welche sich nicht mit den bisherigen Mitteln des Rechts abbilden lässt.

²² *Specht*, MMR 2019, 153, 155.

²³ *Satzky*, NZKart 2018, 554 ff. hebt die zunehmende Verknüpfung von Verbraucherschutz und der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht hervor. Dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherschützende Vorschriften können Maßnahmen des Bundeskartellamtes nach § 32e V GWB eröffnen und unmittelbar den Maßstab für ein Eingreifen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht bilden. Nach BGH, NVwZ-RR 2014, 515, 520, Rn. 65, kann die Verwendung von unzulässigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch marktbeherrschende Unternehmen einen Missbrauch im Sinne des § 19 GWB darstellen.

3. Schadenersatz und Schmerzensgeld können in einfachen Fällen vom Computer exakt berechnet werden. Einen Menschen braucht es dafür nicht mehr.

In der bestehenden Rechtspraxis existieren bereits vielfältige Schmerzensgeldtabellen im Spannungsverhältnis einer einheitlichen, pauschalen und vorhersehbaren Bemessung und der Individualität jedes Schadensfalles.²⁴ Schmerzensgeldtabellen sind zwar nicht von staatlicher Seite vorgeschrieben und ebenso stellen die darin enthaltenen Vergleichsfälle keine verbindlichen Präjudizen dar,²⁵ doch dienen sie vielfach für die Gerichte als Orientierungsrahmen bei der Bemessung.²⁶ Solche Tabellen begünstigen eine einheitliche Rechtsprechung, doch bilden sie nur den Standpunkt der Rechtsprechung ab und lassen nur bedingt einen Rückgriff auf empirisch gesicherte Erkenntnisse hinsichtlich der Einbuße am Wohlbefinden zu.²⁷

Für eine vollständige automatische Bemessung müssten diese Daten zunächst in einer Datenbank im maschinenlesbaren Format vorliegen. Dies führt aber zu dem Problem, dass gerade bei der Schadensbemessung – und im Speziellen bei der Abwägung im Rahmen des Schmerzensgeldes – äußerst individuelle Umstände Berücksichtigung finden müssen, welche nicht ohne weiteres automatisch berechnet werden können. Dafür bedarf es statistischer Verfahren auf Basis maschineller Lernprozesse, welche jedoch eine qualitativ und quantitativ²⁸ umfassende

²⁴ Höke, NZV 2014, 1, 3.

²⁵ BGH, VersR 1961, 134.

²⁶ Neuner, JuS 2013, 577, 585; OLG München, NJW-Spezial 2018, 11.

²⁷ Arntz, NJW 2017, 3329.

²⁸ Adrian, Rechtstheorie 48 (2017), 77, 111, vollzieht ebenso eine Differenzierung nach einer Qualität der Datenbasis zur Gewährleistung einer ausreichenden Spezifität und der Datenmenge. Nur im Zusammenspiel beider Elemente, lässt eine hinreichend spezifische und breite Datenbasis aus vielen tausenden (gleichartigen) Entscheidungen bilden.

Datenbank benötigen.²⁹ Zwar ist es wünschenswert, eine möglichst gleichförmige Berechnung³⁰ zu erreichen, doch dürfen die Besonderheiten des Einzelfalles nicht untergehen. Einheitliche und offizielle Tabellen können dabei als ein erster Schritt zur Automatisierung hilfreich sein. Sie könnten zugleich den Vorteil bieten, dass es sich um repräsentative und transparente Trainingsdatenbanken handelt. In diese könnten nicht nur Schmerzensgeldbemessungen aus (gerichtlichen) Erkenntnisverfahren eingespeist werden, sondern auch außergerichtliche, insbesondere mit der Versicherungswirtschaft geschlossene Vergleiche Berücksichtigung finden. Eine allgemeine Datenbank sollte daher die Schmerzensgeldbemessung über die verschiedenen Wege enthalten, um ein realistisches Abbild zu leisten und damit nicht an Selektionseffekten zu leiden.

Momentan erscheint eine Automatisierung gerade in komplexen Rechtstreitigkeiten nur schwer vorstellbar. Doch sollten die Bestrebungen keinesfalls eingestellt werden. Wenn als ein Zwischenziel eine (vorläufige) Simulation der Schmerzensgeldentscheidung erfolgt und damit dem Entscheider zumindest umfassend das statistische Material gesammelt wird, ist jedenfalls eine Arbeiterleichterung ein erster Gewinn.

4. Die *Blockchain* – ein Bruch mit den geltenden Zivilrechten?

Die *Blockchain*-Technologie eröffnet eine Reihe an Vorteilen, wie Dezentralität, Ano-/Pseudonymität, Unveränderbarkeit,

²⁹ Höke, NZV 2014, 1, 3 sieht bereits bei den bestehenden Schmerzensgeldtabellen die geringe Falldichte als einen Schwachpunkt. Dieses Problem dürfte sich gerade beim Einsatz von statistischen Verfahren noch verschlimmern, da Maschinen eine wesentlich höhere Anzahl an Entscheidungen benötigen als ein Mensch, um abstrahierbare Kriterien aus einer Menge an Daten zu extrahieren.

³⁰ OLG München, Urt. v. 24.11.2017 – 10 U 952/17, stellt heraus, dass wegen des Gleichheitsgrundsatzes Vergleichsfälle als Orientierungsrahmen zu berücksichtigen sind.

Fälschungssicherheit und öffentliche Transparenz. Dies wird in vollem Ausmaß bisher besonders im Bereich der Kryptowährungen, wie z.B. *Bitcoin* genutzt.³¹ Die bisherigen Erfahrungen zeigen aber, dass sich die Vorteile nicht immer umsetzen lassen und ebenso mit dem Recht nicht immer zu vereinbaren sind.³² Vielfach sind dort laufende Entwicklungen gegen das geltende Zivilrecht zu finden, wie die Umsetzung einer Nichtigkeit *ex tunc* oder die endgültige Entfernung von rechtsverletzenden Inhalten.³³ Dies betrifft jedoch nur die aktuelle (technische) Ausgestaltung der *Bitcoin-Blockchain*, wobei die *Blockchain*-Technologie per se auch ohne diese Nachteile implementierbar ist, dann aber vielfach verbunden mit dem Verlust des originären Ansinnens eines dezentralen und unveränderlichen Kassenbuchs.

Im Forschungsatelier wurde zudem darauf hingewiesen, dass das deutsche Zivilrecht nicht alleine alle aufkommenden Rechtsprobleme beantworten kann. Insbesondere internationale Sachverhaltskonstellationen werfen Schwierigkeiten auf. *Peer-to-Peer*-Konstellationen mit dezentraler Datenspeicherung sorgen für ein geringeres Ausfallrisiko und vermeiden einen „*single point of failure*“. Doch geht damit meist eine fehlende Verantwortlichkeit einher. Eine Lösung über das Gesellschaftsrecht

³¹ Instruktiv Müller, ZfIR 2017, 600 ff.

³² Conti/Kumar/Lal/Ruj, A Survey on Security and Privacy Issues of Bitcoin, IEEE Communications Surveys & Tutorials, 2018, S. 3416 - 3452, zeigt die vielfältigen Sicherheitsrisiken und Probleme hinsichtlich der Anonymität auf. Oder eine quantitative Analyse der Bitcoin-Blockchain hinsichtlich des Vorkommens von nicht-finanziellen Inhalten, bis hin zu pornografischen Schriften liefert Matzutt et al., A Quantitative Analysis of the Impact of Arbitrary Blockchain Content on Bitcoin, 2018, zuletzt abgerufen am 11.08.2019 unter <https://roman-matzutt.de/paper/2018-fc-matzutt-bitcoin-contents.pdf>.

³³ Dazu Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1435 f.; Seitz, Distributed Ledger Technology – Die Revolution hat begonnen und das Recht muss folgen, in: Taeger, Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, Edewecht 2017, S. 777, 789.

erweist sich als äußerst problematisch in Bezug auf Vertretungsbefugnis, gemeinsamen Zweck, Rechtsform und Gesellschaftsvermögen.³⁴ Internationale gesellschaftsrechtliche Regelungen könnten hier geschaffen werden.³⁵

Für die Zukunft wird es erforderlich sein, die diversen Einsatzmöglichkeiten der *Blockchain*-Technologie einerseits anhand der Zugänglichkeit und des Nutzerkreises der *Blockchain* sowie andererseits über das Ziel des konkreten Vorhabens zu unterscheiden. So wird für eine geschlossene oder private *Blockchain* ein anderes Regelungsregime gelten als für eine öffentliche und internationale Kette. Gleiches gilt für das Ziel der *Blockchain*, ob darüber Kryptowährungen abgewickelt, Grundstücke³⁶ übertragen, Musik- oder Bildrechte³⁷ vermarktet oder Inhalte in das Vereins-, Handels- oder Markenregister³⁸ eingetragen werden sollen. Nach den jeweiligen Zielvorgaben müssen dann die Konsensmechanismen (z.B. *proof of work/stake/authority* oder hybride Formen)³⁹ ins Auge gefasst werden und gemäß den rechtlichen Anforderungen gewählt werden. Der Begriff des Konsenses darf jedoch nicht mit einer materiellen Prüfung gleichgesetzt werden. Die *Blockchain*-Technologie per se ist ein Vollzugsinstrument und kein Subsumtionsautomat.

³⁴ Eingehender *Schwintowski/Klausmann/Kadgien*, NJOZ 2018, 1401.

³⁵ *Simmchen*, MMR 2017, 162, 164 f., erachtet Konstrukte wie die „Decentralized autonomous organization (DAO)“ zutreffend als Revolution im internationalen Gesellschaftsrecht. Zur DAO ausführlich *Mann*, NZG 2017, 1014.

³⁶ *Welzel/Eckert/Kirstein/Jacumeit*, Kompetenzzentrum Öffentliche IT, Mythos *Blockchain* - Herausforderung für den Öffentlichen Sektor, 2017, S. 18.

³⁷ *Hohn-Hein/Barth*, GRUR 2018, 1089, 1092 f.; *Schawe*, MMR 2019, 218, 219.

³⁸ *Martini*, DÖV 2017, 443, 454.

³⁹ Einen Überblick über die Konsensmechanismen liefern *Salimitari/Chatterjee*, A Survey on Consensus Protocols in Blockchain for IoT Networks, zuletzt abgerufen am 31.10.2019 unter <https://arxiv.org/pdf/1809.05613.pdf>; *Balzli*, in: *Klebeck/Dobrauz*, Rechtshandbuch Digitale Finanzdienstleistungen, München 2018, S. 421.

Alle diese Kriterien werden maßgeblich für das anzuwendende Recht sein und es wird notwendig sein, dort jeweils punktuelle Anpassungen am Recht vorzunehmen, um die Konstellation zutreffend abbilden zu können. Ein umfassendes *Blockchain-Law* erscheint jedoch als nicht zielgerichtet genug und wird nicht mit der notwendigen Bestimmtheit die aufkommenden Sachverhalte abbilden können.⁴⁰ Schließlich muss sich das Recht auf die *Blockchain*-Technologie einlassen, insbesondere wenn diese Mehrwerte⁴¹ gegenüber zentralen Datenbanklösungen aufweist.⁴² So lässt sich das Innovationspotenzial in einer kontrollierten Form verwirklichen sowie regulieren.

5. In der neuen digitalen Welt ändert sich auch der Vollzug des Rechts. Es gibt nämlich, mit so genannten *smart contracts*, Verträge, die sich selbst vollziehen.

Ein *smart contract* dient der automatisierten Vollziehung des Rechts und besteht im Grundsatz nur aus Algorithmen. Darüber hinaus bedarf es daher regelmäßig eines Rahmenvertrages zwischen den Parteien.⁴³ Dennoch lässt es die Privatautonomie zu, dass ein in Programmiersprache niedergeschriebener *smart contract* alleine die rechtlich bindende Vereinbarung darstellt.⁴⁴ Die Parteien selbst haben nach ihrem gemeinsamen Willen die Hoheit über die semantische Bedeutung der Vertragszeichen, ob

⁴⁰ Befürwortend *Bianchi/Bollinger*, CapLaw 5/2016, 25 ff., wobei nach dem jeweiligen Setting (permissioned oder permissionless) zu unterscheiden ist.

⁴¹ *Knaier*, GmbHR 2017, 305, 306, sieht für den Anwendungsfall des Handelsregisters ebenso nur eine Chance für die *Blockchain*, wenn sie im Verhältnis zum gigantischen Umstellungsaufwand einen echten Mehrwert bietet.

⁴² Zur Frage, ob es einer *Blockchain* bedarf *Wüst/Gervais*, Do you need a *Blockchain*?, 2017, zuletzt abgerufen am 10.07.2019 unter <https://eprint.iacr.org/2017/375.pdf>.

⁴³ *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431, 449, ausführlich zu *smart contracts* und das BGB.

⁴⁴ So auch *Anzinger*, in: *Fries/Paal, Smart Contracts*, Tübingen 2019, S. 55.

in natürlicher deutscher Sprache, einer Fremdsprache, Programmiersprache, Geheimsprache oder mittels Comics.⁴⁵ Eine *Blockchain* ist dafür nicht zwingend notwendig, erleichtert aber den Vollzug und sichert die Erfüllung der wechselseitigen Ansprüche sowie die Beweisbarkeit mittels kryptografischer Instrumente.⁴⁶ Als problematisch wird jedoch die Rückabwicklung von Verträgen bei *smart contracts* auf der *Blockchain* angesehen, da wegen der häufigen Unveränderbarkeit der einzelnen Blöcke richterliche Entscheidungen nur nachträglich eingefügt und abgewickelt werden können. Dies gilt für permissionless-Systeme, wobei auch hier Ansätze im Raum stehen, die eine Veränderung ohne einen Bruch der Kette vollziehen können.⁴⁷ In einem permissioned-Setting lässt sich durch die Prüfungsinstanz (z.B. im Wege des *proof of authority*) stets eine Veränderung in Form eines *Forks* erreichen.⁴⁸ Anfängliche Nichtigkeiten können in einem *permissionless*-System nur bedingt Berücksichtigung finden, da die ursprüngliche Transaktion nur schwer geändert werden kann.⁴⁹ Jedenfalls bedürfte es der Zustimmung der Miner. Bei monetären Ansprüchen ist dies nicht so kritisch solange die Parteien *ex post* vermögensrechtlich zutreffend behandelt werden. Umso schwieriger ist es bei den Ansprüchen, welche die individuelle persönliche Sphäre der Person betreffen, wie Ver-

⁴⁵ Als Beispiel seien die *Comic Contracts* für Plantagenarbeiter genannt, zuletzt abgerufen am 24.07.2019 unter <https://www.creative-contracts.com/clemengold>.

⁴⁶ Schawe, MMR 2019, 218.

⁴⁷ Der Ansatz von *Ateniese/Magri/Venturi/Andrade*, Redactable Blockchain or Rewriting History in Bitcoin and Friends, IEEE EuroS&P 2017, S. 111 - 126, erlaubt über chameleon hashes, eine Hintertür einzubauen, um somit einzelne Blöcke zu ändern, wobei dies ein permissioned System voraussetzt. Sogar für Bitcoin sehen *Deuber/Magri/Thyagarajan*, Redactable Blockchain in the Permissionless Setting, IEEE Symposium on Security and Privacy 2019, S. 662 - 676, Möglichkeiten, unter Aufrechterhaltung der Konsensmechanismen eine Änderung von Blöcken vorzunehmen.

⁴⁸ Saive, DuD 2018, 764, 766.

⁴⁹ Schrey/Thalhofer, NJW 2017, 1431, 1435 f.

letzungen des Persönlichkeitsrechts oder Urheberrechtsverletzungen. Dort müssen die ursprünglich verletzenden Handlungen vollständig entfernt werden. Aus rechtlicher Sicht ist daher eine technische Gestaltung zu fordern, die eine Abänderbarkeit ermöglicht, auch mit einem gewissen Risiko eines Angriffes von Dritten. Erforderlich ist zudem die Benennung einer verantwortlichen Stelle oder Person. Dies bedeutet nicht, dass der dezentrale Charakter aufzugeben ist, sondern dass zugleich Peer-to-Peer-Lösungen vorstellbar sind, die einen staatlichen Eingriff ermöglichen, z.B. über eine behördliche Schnittstelle.⁵⁰ Zur Konfliktlösung können gleichsam private Schlichtungsstellen⁵¹ oder *community votes*⁵² implementiert werden. Letzteres stellt selbstredend einen gravierenden Systemwandel zum tradierten gerichtlichen Entscheidungssystem dar, jedoch sollte trotz „*smartness*“ der *contracts* nicht zu dogmatisch vorgegangen und alles automatisch durch Programmcode abgebildet werden, sondern es müssten zugleich menschliche Entschei-

⁵⁰ Kaulartz/Heckmann, CR 2016, 618, 624; Simmchen, MMR 2017, 162, 164.

⁵¹ Schawe, MMR 2019, 218, 222.

⁵² So z.B. die Entscheidung der Ethereum-Community nach dem DAO-Hack für eine Lösung mittels Hard Fork. Dazu Kannenberg, Nach dem DAO-Hack: Ethereum glückt der harte Fork, heise online, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Nach-dem-DAO-Hack-Ethereum-glueckt-der-harte-Fork-3273618.html>; Der DAO-Mitentwickler Christoph Jentzsch, What an accomplishment!, Slock.it Blog, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://blog.slock.it/what-an-accomplishment-3e7dde8b9id>, titelt, dass „Although some do question the analogy “code is law”. I do not. We just found out that we have a supreme court, the community!“ Wohlgermerkt handelt es sich hierbei um eine Rechtsänderung des Codes (*protocol updates*) für die Zukunft und nicht um eine Sanktionierung oder Entscheidung über den Hack bzw. den Hacker im Sinne einer Subsumption für einen vergangenen Einzelfall, da die vom Hack betroffene *Blockchain* stets existent ist.

dungs- und Wertungsprozesse an den notwendigen Stellen eingeflochten werden.⁵³ Dafür kommen im optimalen Falle die Vorteile der *smart contracts* bei der eigenständigen Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen zum Tragen.⁵⁴

Schließlich muss festgehalten werden, dass mit zunehmender Komplexität der Vertragsgestaltung *smart contracts* an ihre Grenzen stoßen. Perspektivisch müssen nicht nur Lösungen hierfür, durch präzise Formalisierung des Rechts, entwickelt werden, sondern es muss die Sollbruchstelle zwischen digitaler und analoger Welt optimiert werden.⁵⁵ Die Parallelität der Vertragsdarstellung in natürlicher (Rechts-)Sprache und Code sollte beseitigt werden, sodass der Programmcode tatsächlich das Verpflichtungsgeschäft und nicht lediglich ein Durchsetzungshilfsmittel darstellt. Momentan befinden sich die tradierten Verträge in natürlicher Sprache mit einer hohen menschlichen Les- und Verstehbarkeit auf dem einen Ende der Skala, wohingegen die *smart contracts* eine hohe maschinelle Leistungsfähigkeit aufweisen, am anderen Ende.⁵⁶ Ein Ziel sollte daher sein, die beiden Formen möglichst zu verbinden. Ein Ansatzpunkt können die mittels Kryptografie digital signierten *Ricardian Contracts* sein welche sowohl von Menschen als auch von Maschinen gelesen werden können.⁵⁷ Eine entscheidende

⁵³ Dazu auch Kolain, in: Hill/Kugelmann/Martini, Perspektiven der digitalen Lebenswelt, Baden-Baden 2017, S. 147, 154, 160.

⁵⁴ Tiefgehender zu *smart contracts* statt Zwangsvollstreckung Matzke, in: Fries/Paal, *Smart Contracts*, Tübingen 2019, S. 99 ff.

⁵⁵ So auch das Zitat von Omohundro: „Jeder Rechtsraum würde seine Gesetze dann exakt und digital kodifizieren ... Können wir juristische Reibungsverluste ausmerzen, wäre das ein enormer wirtschaftlicher Vorteil“, aus Tapscott/Tapscott, *Die Blockchain Revolution*, 4. Aufl., Kulmbach 2018, S. 73.

⁵⁶ Grigg, On the intersection of Ricardian and Smart Contracts, 2015, zuletzt am 11.07.2019 abgerufen unter https://www.iang.org/papers/intersection_ricardian_smart.html.

⁵⁷ Alam, What are Ricardian Contracts? A Complete Guide, 101 *blockchains* vom 28.10.2018, zuletzt abgerufen am 14.05.2019 unter <https://101blockchains.com/ricardian-contracts/>; Grigg, *The Ricardian Contract*, 2004, zuletzt am

Fortentwicklung zu den *smart contracts* ist also, dass die *Ricardian Contracts* ein rechtliches *Framework* innehaben und damit Parteien, Konditionen, Vertragsgegenstand und -ziel oder zeitliche Aspekte simultan in rechtlicher Hinsicht regeln, wie auch akzessorisch die Vollziehung durch Algorithmen abbilden.

II. Thesen in Bezug auf die Digitalisierung der Ziviljustiz

Nicht nur das materielle Zivilrecht war Gegenstand des Forschungsateliers, sondern auch die Auswirkungen der digitalen Transformation auf die Ziviljustiz.

1. **Legal Tech ermöglicht Rechts- und Bagatellstreitigkeiten sinnvoll zu lösen, für die es bisher keinen richtigen Zugang zum Recht gab.**

Legal Tech bietet eine Reihe von Chancen und spiegelbildlichen Risiken für die Ziviljustiz. Hier kommt es stets auf den konkreten Einsatz an, so dass ein jeweiliges *Legal-Tech-Tool*, für einen Beteiligten, wie Bürger, Rechtsanwaltschaft, Wirtschaft, Prozessparteien oder das Gericht, unterschiedliche Wirkungen ausstrahlen kann. Vorteile, wie etwa ein besserer Zugang⁵⁸ zum Recht, sinkende Gerichtsanrufungszahlen oder Verlagerung von Rechtsstreitigkeiten in die Schiedsgerichtsbarkeit, können aus Justizperspektive günstig sein, aber für die Bürger besteht die Gefahr, dass ihr Anliegen unzureichend gelöst wird und sie in bestimmte Instrumentarien gedrängt werden. Unbestritten können *Legal-Tech*-Instrumente für alle Beteiligten eine Arbeitserleichterung darstellen und die Art und Weise des Arbeitens verbessern, doch ist stets auch die Qualität der Ergebnisse im Auge zu behalten. Diese lässt sich jedoch wegen des digitalen

11.07.2019 abgerufen unter https://www.iang.org/papers/ricardian_contract.html.

⁵⁸ Deutscher Anwaltsverein, Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030 – Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft, S. 131, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://anwaltsverein.de/de/anwaltspraxis/dav-zukunftsstudie>.

Charakters gut evaluieren und es können ganz konkrete Prozentwerte hinsichtlich einer Fehlerquote bestimmt werden. Diese Quantifizierung der Ergebnisse von Tools wird zur Folge haben, dass ebenso menschliche Entscheidungen stärker hinterfragt werden, da diese sich bald in den exakt bezifferbaren Vergleich zu den Maschinen und Tools begeben müssen. Wenn bestimmte niedrige Fehlerquoten oder hohe Erfolgswahrscheinlichkeiten, z.B. von 95 % von diesen verlangt werden, kann dies gleichsam nur für den menschlichen Entscheider gelten, welcher im Zweifel sogar die Letztentscheidungsbefugnis innehat und nicht bloß eine Simulation durchführt. Es dürfen an die Maschinen und Tools jedenfalls keine strengeren Anforderungen als an die menschlichen Entscheider und Berater gestellt werden.

Deshalb erfordert es eine konkrete Betrachtung der Zulässigkeit von *Legal-Tech-Tools* auf drei verschiedenen Ebenen mit unterschiedlichen Anforderungen. Auf der *Ebene der Rechtsdienstleistung* stellen sich die Fragen nach der Qualität der Beratung und dem Schutz der Anwaltschaft als Organ der Rechtspflege.⁵⁹ Hier werden punktuelle Zertifizierungen auf formeller Ebene notwendig sein und es gilt die Frage zu klären, wo eine Rechtsdienstleistung anfängt und endet. Alternative Business Structures, getragen von Finanzinvestoren und Berufsstandfremden, drängen in den Rechtsdienstleistungsmarkt und weichen das Anwaltsmonopol auf.⁶⁰ Dagegen kann ein in Frank-

⁵⁹ Dazu vertiefend *Fries*, ZRP 2018, 161; *Kilian*, NJW 2019, 1401; BGH, Urt. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18; LG Berlin, MMR 2019, 180 ff.

⁶⁰ Deutscher Anwaltsverein, *Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030 – Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft*, S. 24, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://anwaltverein.de/de/anwaltspraxis/dav-zukunftsstudie>.

reich verfolgter Ansatz einer 51 %-Beteiligung von Rechtsanwälten an Legal-Tech-Unternehmen,⁶¹ nach Auffassung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Forschungsatelier, nicht befürwortet werden. Diese Vorgabe lässt sich wegen vielfältiger rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nämlich leicht umgehen. Ebenso darf das häufig beschriebene Szenario einer nahezu alleinigen Herrschaft der Informatiker nicht überbewertet werden, da, für ausreichend gute Angebote, ein Mitwirken von Juristen bei der Erstellung stets notwendig sein wird. Eine intensive interdisziplinäre Arbeitsweise⁶² unter Beteiligung der Rechtswissenschaft, Informatik, Ethik usw. wird unerlässlich sein, um eine effektive Symbiose aus den beteiligten Disziplinen zu erreichen.⁶³

Die Qualität spielt gleichsam auf den weiteren *Ebenen der prozessualen Zulässigkeit* und der materiell-rechtlichen Zulässigkeit eine Rolle. Die Rechtsdurchsetzung lässt sich effektiver gestalten und kann auch zu einer Beschleunigung der Verfahren führen, wenn man justizzeitig die Einführung eines digitalen Bagatellverfahrens vollzieht. Was bereits der Rechtsmarkt, wie z.B. *Flightright* bietet, kann so kostengünstig und für jeden durch den Staat zur Verfügung gestellt werden, mit dem entscheidenden Vorteil, dass die Bürgerinnen und Bürger nicht

⁶¹ *Garnerie*, Legaltechs : les professions réglementées mettent en avant leurs avantages concurrentiels, Gaz. Pal. 10 juill. 2018, p. 5. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 59e II BRAO. Zum Änderungsvorhaben des deutschen berufsrechtlichen Gesellschaftsrechts: Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 15/2018, Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Reform des berufsrechtlichen Gesellschaftsrechts, Mai 2018.

⁶² Ob dies auch zu Anpassungen in der juristischen Ausbildung zu führen hat und ob Jurastudierende in Zukunft die Fähigkeit zu programmieren haben müssen, behandelt *Zwickel*, JA 2018, 881 ff.

⁶³ *Grupp*, AnwBl 2014, 660, 665; zum Begriff einer Digialethik *Wischmeyer/Herzog*, JZ 2019, 696, 698 f.

bloß rund 70 %⁶⁴ ihrer berechtigten Forderung, sondern ihren vollen Gegenwert erhalten.⁶⁵

Derartige Tools können Vorläufer von semiautomatischen Richter-Automaten sein, die auf *materiell-rechtlicher Ebene* eine Strukturierung des Sachverhalts und eine rechtliche Vorbewertung vornehmen können. Für die Justiz kann dies zu einer Arbeitserleichterung führen, da rund 30 % der Verfahren bei den Amtsgerichten einen Streitwert bis 500 € ausmachen.⁶⁶ Zugleich kann der Zugang zum Recht erleichtert werden, da Bürger durchschnittlich erst ab einem Streitwert von ca. 1950 € den Gang vor Gericht als effektiv erachten.⁶⁷

Hinsichtlich der Etablierung von vollautomatischen *Robo-judges* bestehen aber Zweifel an deren technischer Machbarkeit und an deren rechtlicher Zulässigkeit. Sie werfen schließlich auch ethische Fragen dahingehend auf, ob nicht ein Anspruch des Menschen darauf besteht, auch von einem Menschen beurteilt zu werden.⁶⁸ Daher sollte das vorrangige Ziel sein, keine Substitution der Subsumtionsakteure zu erreichen, sondern vielmehr eine spezifische Simulation⁶⁹ von skalierbaren Rechtsanwendungsprozessen, um die Arbeitsprozesse zu verbessern. So ließe sich die sachliche Gerichtsorganisation im Bereich der Eingangsinstanzen, die besonders von Massenverfahren geprägt sind, durch einen unterstützenden und simulierenden Einsatz von Richterautomaten ändern. Soweit die selbstlernenden Systeme nach einer ausreichenden Anlernphase mittels trainierender Richter, einerseits genügend Trainingsdaten akquiriert ha-

⁶⁴ Meller-Hannich, Gutachten A zum 72. Deutschen Juristentag 2018, A 66.

⁶⁵ Nicolai/Wölber, ZRP 2018, 229, 230.

⁶⁶ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Zivilgerichte 2017, 2018, S. 26.

⁶⁷ Roland Rechtsreport 2014, zuletzt abgerufen am 24.06.2019 unter https://www.rolandrechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2014.pdf, S. 36.

⁶⁸ Dazu Ernst, JZ 2017, 1026, 1030.

⁶⁹ Adrian, Rechtstheorie 48 (2017), 77, 105.

ben und andererseits rechtstaatlich zufriedenstellende Ergebnisse liefern, kann über eine Substitution in erster Instanz nachgedacht werden. Jedoch darf nicht verkannt werden, dass eine bedeutende Aufgabe der Eingangsinstanzen die Feststellung und Bewertung der entscheidungserheblichen Tatsachen ist, welche von dem System, insbesondere bei externen Quellen nur schwer autonom erhoben werden können.⁷⁰ In den Rechtsmittelinstanzen sollten diese Systeme vorrangig zur Unterstützung eingesetzt werden, da dort, wie schon § 543 II 1 ZPO zeigt, die Rechtsfortbildung deutlich in den Mittelpunkt rückt und Grundsatzfragen von Menschen zu entscheiden sind.

Trotz der Brisanz der Fragestellungen kann dennoch festgehalten werden, dass sich solche Lösungen erst in entfernter Zukunft – jedenfalls in der breiten Masse der Verfahren wohl in mehr als 15 Jahren – realisieren lassen.⁷¹ Als entscheidende Ressource wird dafür die Verfügbarkeit aller Gerichtsentscheidungen für die Öffentlichkeit notwendig sein. In Ergänzung und Kombination zu den masschinellen Lernprozessen kann es zur Qualitätssteigerung der Ergebnisse angezeigt sein, eine Formalisierung von Gesetzen in Form von Algorithmen zu etablieren. Zur Gewährleistung der Transparenz der Algorithmen kann bereits der Gesetzgeber (zusätzlich) Gesetze in formalisierter und maschinenlesbarer Weise erlassen. Ebenso sind Partizipationsmodelle mittels offenen Codes denkbar, um die Macht des Staates zu limitieren.⁷² Der Gesetzgeber sollte wohlgemerkt kein *Robo-Legislator* sein, da die wesentlichen und gemeinschaftstragenden Entscheidungen durch den menschlichen Gesetzgeber zu treffen sind. Durchaus denkbar ist eine AI-Unterstützung

⁷⁰ Günzl, JZ 2019, 180, 181.

⁷¹ CEPEJ, European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment, S. 31 Tz. 63, beschreibt die starke KI als rein „fictional“ und stellt fest, dass momentan bloß an einer schwachen KI gearbeitet wird.

⁷² Dazu ausführlich Lessing, Code und andere Gesetze des Cyberspace, Berlin 2001, S. 181 ff.

(z.B. *Think Tank*), welche die Erschaffung des Gesetzes in binären Code bereits in Beteiligungs- und Anhörungsprozessen effektiver gestalten kann.⁷³

Gleichsam sind Änderungen in der Marktzusammensetzung denkbar. Momentan existieren viele teils sehr spezifische Anbieter von *Legal-Tech*-Lösungen, die sich aus einem praktischen Bedarf ergeben und entwickelt haben. Dies macht es für kleinere Kanzleien oder Berufsanfänger finanziell nicht einfach, eine qualitativ ausreichende Rechtsberatung auf Augenhöhe mit anderen Marktteilnehmern zu gewährleisten sowie gleichzeitig ein breites Beratungsportfolio anzubieten, da die Ausstattung mit diversen speziellen Tools sehr kostenintensiv ist. Komplettoft-warepakete könnten mit der Zeit eine günstigere Alternative darstellen.⁷⁴ Völlig umfassende Angebote von *Legal Tech-Tools* stellen jedoch die Minderheit dar und es gibt von vielen Unternehmen nur punktuelle Lösungen.⁷⁵ Es kann daher nur eine Frage der Zeit sein, bis sich ebenso auf dem *Legal Tech* Markt angebotsseitig Global Player etablieren, die dann neu entstehende Startups vereinnahmen. Eine vergleichbare Entwicklung zeichnet sich bereits seit Jahren bei den *Big Four Tech Companies* (GAFA)⁷⁶ ab und ist auch bei dem Oligopol der vier größten

⁷³ Klaas, MMR 2019, 84, 85, zur Vereinbarkeit von KI im Rahmen der Gesetzgebung mit dem Demokratieprinzip.

⁷⁴ Braegemann, in: *Breidenbach/Glatz*, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, S. 267, erkennt ebenso die Problematik einer Kostensteigerung in der Anwaltschaft, geht jedoch anders davon aus, dass mehr eine Anpassung nachfrageseitig durch den Anschluss junger Anwälte in alteingesessenen Kanzleien erfolgen wird und dadurch eine Konzentrationswirkung entsteht.

⁷⁵ Einen aktuellen Überblick bietet *Tobschall*, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://tobschall.de/legaltech/>.

⁷⁶ So vereinnahmen Google, Amazon, Facebook und Apple stetig eine Vielzahl von Unternehmen, um ihre Produktpaletten zu erweitern und zu verbessern, dazu *Wolff*, Gründerszene.de vom 23.08.2017, zuletzt abgerufen am 21.05.2019 unter <https://www.gruenderszene.de/allgemein/google-facebook-amazon-apple-uebernahmen?interstitial>.

Wirtschaftsprüfergesellschaften⁷⁷ zu erkennen. Allein schon wettbewerbsrechtlich dürfte eine solche Entstehung jedenfalls kritisch zu hinterfragen sein.⁷⁸ Es besteht die Gefahr, dass in einem Verfahren, auf Seiten der Prozessbeteiligten oder sogar noch bei der Justiz, letztendlich auf dasselbe Tool mit denselben Trainingsdaten und Einstellungen zurückgegriffen wird und somit dem Hersteller eine sehr bedeutende Marktmacht zuteilwird.⁷⁹ Gleiches ist für den vertikalen Prozess von der Vertragsgestaltung bis zum Urteil zu bedenken, wenn schlussendlich dasselbe Tool Richter über den „eigenen“ Vertrag ist. Wohlge-merkt ist der neuralgische Punkt nicht so sehr die gleiche Informationsbasis, die mit der vorherrschenden vergleichbar ist – man denke nur daran, dass im gesamten vertikalen Prozess die Beteiligten stets auf gleiche, ähnliche und dieselben Informationsquellen zurückgreifen. Kritisch wird dies erst, wenn daraus von derselben Person ein Rechtsprodukt, in Form von Verträgen, Beratungen, Urteilen, Schriftsätzen usw. geschaffen wird, das sich an juristischen Qualitätskriterien messen lassen muss.

2. Legal Tech, elektronische Justizkommunikation und Videokonferenzen entfremden Bürger und Justiz.

Sowohl in Deutschland als auch in anderen europäischen Ländern wie Frankreich besteht die Möglichkeit elektronischer Kommunikation mit Gerichten sowie elektronischer Aktenführung. Während in Deutschland der Gesetzgeber selbst genaue

⁷⁷ *Eisenschmidt/Gürntke*, DStR 2017, 2008, 2009; *Hartung/Bues/Halbleib*, Legal Tech: Digitalisierung des Rechtsmarkts, München 2018, Rn. 491.

⁷⁸ Zur vergleichbaren Problematik eines Zusammentreffens von Prozessfinanzierung und Rechtsverfolgung: *Greger*, MDR 2018, 897, 900.

⁷⁹ Als Beispiel sei die AI-Plattform Luminance genannt, welche bereits von drei der Big Four accountancy firms genutzt wird. Dazu *Ready*, What Does the Big 4's Legal Tech Push Mean for Law Firms?, law.com vom 25.02.2019, zuletzt abgerufen am 07.06.2019 unter <https://www.law.com/legaltechnews/2019/02/25/what-does-the-big-4s-legal-tech-push-mean-for-law-firms/?slreturn=20190228054133>.

Voraussetzungen der elektronischen Form (§ 126a BGB) normiert, wurden diese beispielsweise in Frankreich durch Exekutivakt im *arrêt*-Verfahren festgesetzt.⁸⁰

Gerade eine elektronische Kommunikation mit Gerichten ermöglicht eine schnelle Interaktion zwischen Bürgerschaft und Justiz. Zudem kann durch den Zugriff der Parteien auf die elektronische Akte sowohl Transparenz hergestellt, als auch das Verfahren erleichtert und beschleunigt werden.

Lange Zeit bestanden keine einheitlichen Bedingungen für die Etablierung elektronischer Justizkommunikation in Deutschland. Dies führte dazu, dass die Verfahrensbeteiligten im Zweifelsfall die Kommunikation in Papierform vorzogen.⁸¹ Durch einen Gesetzesbeschluss vom Bundestag aus dem Jahr 2013 will der Gesetzgeber einen einheitlichen Rahmen für den Einsatz elektronischer Justizkommunikation schaffen.⁸²

Durch das Gesetz vom 10.10.2013 wurde im Wesentlichen eine Nutzungspflicht für Rechtsanwälte und Behörden eingeführt.⁸³ Die Pflicht gilt grundsätzlich erst ab dem 1.1.2022,⁸⁴ aber die Landesregierungen können durch Rechtsverordnung festlegen, dass diese Bestimmung ganz oder teilweise bereits am 1.1.2020 oder am 1.1.2021 in Kraft tritt.⁸⁵ Bis zu einer bundesweit einheitlichen Regelung wird es daher wohl noch dauern.

⁸⁰ Zwickel, *Bürgernahe Ziviljustiz: die französische jurisdiction de proximité aus deutscher Sicht: zugleich ein Beitrag zur Definition eines Gesamtmodells bürgernahe Justiz*, Tübingen 2010, S. 2016.

⁸¹ Treber, *NZA* 2014, 450, 451.

⁸² Frings, in: Cottin/Ferrand/Zwickel, *Die prozessuale Modernisierung der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich*, Jena 2015, S.99; Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, BGBl. I S. 3786.

⁸³ Frings, in: Cottin/Ferrand/Zwickel, *Die prozessuale Modernisierung der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich*, Jena 2015, S. 101.

⁸⁴ § 130d S. 1 ZPO.

⁸⁵ Frings, in: Cottin/Ferrand/Zwickel, *Die prozessuale Modernisierung der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich*, Jena 2015, S. 101; Art. 24 II des Gesetzes

Der elektronische Rechtsverkehr ist seit 1.1.2018 in fast sämtlichen Verfahrensordnungen gleichlautend geregelt. § 130a ZPO, § 65a SGG, § 55b VwGO, § 52b FGO, § 46c ArbGG beinhalten – praktisch wortgleich – die Regelungen für den elektronischen Posteingang bei allen deutschen Gerichten; einer (Länder-)Rechtsverordnung für die Einführung bedarf es damit nicht mehr.⁸⁶

Seit der Einführung des § 128a ZPO besteht im deutschen Zivilprozess die Möglichkeit, einen Antrag auf Teilnahme an der mündlichen Verhandlung im Wege der Videoübertragung zu stellen. Das Gericht trifft eine Entscheidung nach freiem Ermessen, die von den Parteien nicht angefochten werden kann. Eine vergleichbare Norm gibt es im französischen Zivilprozessrecht nicht.

Der Einsatz der Videoübertragung wurde von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Ateliers insgesamt eher kritisch gesehen. Vorteilhaft sind natürlich der Wegfall der Fahrtkosten und die Verfahrensbeschleunigung durch erleichterte Terminfindung.⁸⁷

Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Forschungsateliers sahen als Vor- und Nachteil eine sinkende Hemmschwelle Gerichtsverfahren anzustreben. Grundsätzlich ist es wünschenswert, eine bürgernahe Justiz mit möglichst vielen Zugangswegen für alle Bevölkerungsteile zu schaffen. Andererseits werden so unter Umständen Verfahren durchgeführt, obwohl der Konflikt für die Parteien nicht so bedeutend gewesen wäre, um tatsächlich persönlich in einem Gerichtssaal hierüber zu streiten.

Es wurde aber auch als Gefahr gesehen, dass durch Videokonferenzen das Gerichtsverfahren seinen besonderen – um es

zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013, BGBl. I S. 3786.

⁸⁶ Müller, JuS 2018, 1193, 1193.

⁸⁷ Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Auflage, München 2019, § 128a Rn. 1.

überhöht auszudrücken – „sakralen“ Charakter verliere, wodurch der Bürger sich in seinem Problem vom Staat nicht mehr ausreichend ernst genommen fühlen könnte. Außerdem wurde die These aufgeworfen, dass eine einvernehmliche Streitbeilegung bei gleichzeitiger physischer Anwesenheit in den meisten Fällen leichter zu erreichen wäre. Auch ermöglicht die körperliche Anwesenheit aller Beteiligten eine umfassende Wahrnehmung der Reaktionen von Zeugen und Sachverständigen.⁸⁸ Diese kann von nicht unerheblicher Bedeutung für die richterliche Entscheidung sein.

Abschließend wurden zwei Forderungen formuliert:

Der Einsatz von Videokonferenzen muss freiwillig bleiben. Jeder Partei soll es möglich bleiben, persönlich vor Gericht zu erscheinen, wenn sie dies wünscht.⁸⁹

Die Entscheidung des Gerichts, ob einem Antrag auf Videokonferenzeinsatz stattgegeben wird oder nicht, darf nicht von der geographischen Entfernung der Person zum Gerichtsort abhängen, sondern soll sich nach der Geeignetheit des Prozessstoffs und nach dem bisherigen Prozessverlauf richten.

3. Schriftsätze sollten stets in strukturierter Form eingereicht werden, damit digitale Instrumente daran anknüpfen können.

Die aktuelle ZPO wird getragen von einem im Jahr 1879 in der Civilprozeßordnung (CPO) kodifizierten Mündlichkeitsprinzip, mit dem Ziel, den unter dem Schriftlichkeitsgrundsatz stehenden Prozess zu beschleunigen.⁹⁰ Die Rechtswirklichkeit ist jedoch stark geprägt von einer Schriftlichkeit, die zur Folge hat, dass sich die Parteien in ihren Schriftsätzen wenig fokussieren, vielfach wiederholen und stets ein auf Konfrontation gerichtetes

⁸⁸ *Bach*, in: *Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, 32. Edition, Stand: 01.03.2019, § 355 Rn. 1.4.

⁸⁹ a.A. *Bachmann*, ZJP 2005, 133, 155 ff.

⁹⁰ *Kip*, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Köln 1952, S. 55.

Verfahren betreiben.⁹¹ Durch die Etablierung eines digitalen Vorverfahrens, in welchem die Vorteile der digitalen Instrumentarien herangezogen werden können, kann eine Fokussierung und Bewertung der individuellen Anforderungen des jeweiligen Rechtsstreits erfolgen. Danach entscheidet das Gericht, wie das Verfahren fortzuführen ist. Als Basis für das Verfahren kann ein gemeinsames Dokument (Basisdokument⁹²) dienen, an welchem alle Beteiligten arbeiten und sich an Strukturvorgaben⁹³ halten müssen. Zwar sind im bisherigen Recht die Aufbauregeln von gerade anwaltlichen Schriftsätzen grundsätzlich vorhanden,⁹⁴ werden jedoch mangels Sanktionierung oder bloßen Soll-Vorschriften nicht ausreichend berücksichtigt. Hier bedarf es jedenfalls einer Ausweitung der Präklusionsvorschriften mit richterlichen Fristen.⁹⁵ Im Rahmen der fortschreitenden Etablierung des elektronischen Rechtsverkehrs kann gleichsam über die verpflichtende Anreicherung der Schriftsätze mit Metadaten nachgedacht werden.⁹⁶ Dadurch könnten die Tools eine effektivere Strukturierung durchführen und eine Relation erlauben, welche bei einer alleinigen nachträglichen linguistischen Analyse nicht so umfassend ausfällt. Dies scheint aus technischer Sicht effizienter zu sein und bewahrt weiterhin die Freiheit der Parteien im

⁹¹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 79, Rn. 4.

⁹² *Greger*, NJW 2019, 3429, 3431.

⁹³ Ausführlich *Gaier*, JurPC Web-Dok. 133/2015.

⁹⁴ Vgl. *Kroiß/Neurauter*, Formularsammlung für Rechtspflege und Verwaltung, 26. Aufl., München 2017.

⁹⁵ So auch *Zwickel*, in: *Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmermann*, Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, Berlin 2018, S. 179, 199.

⁹⁶ *Müller*, NJW 2015, 822 erachtet die E-Akte ebenfalls nicht nur als ein digitales Abbild der Papierakte, sondern als ein Konglomerat aus Dokumenten und Metadaten. Soweit bereits von Beginn an durch die Parteien Metadaten angereichert werden, lassen sich diese nicht nur bei der Strukturierung, Prozessführung und Urteilsabfassung heranziehen, sondern auch bei einer (anonymisierten und pseudonymisierten) Veröffentlichung der Entscheidung in einer öffentlichen Datenbank.

Hinblick auf den Aufbau ihres Vortrags. Insbesondere Formulare haben, nach Auffassung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Forschungsateliers, vor dem Hintergrund des rechtlichen Gehörs eine zu limitierende Wirkung und werden nur unzureichend die Komplexität des Rechtsstreits auf tatsächlicher wie auch rechtlicher Ebene abbilden können. So muss schlussendlich wieder auf Freitextfelder zur Erläuterung zurückgegriffen werden. Ein mit Metadaten angereicherter Text lässt sich im Laufe des Verfahrens vertiefter annotieren, wenn es die Komplexität und das Prozessverhalten der Parteien erfordern.

Somit muss die ZPO noch stärker an die technischen Gegebenheiten angepasst werden, um eine effektive Nutzung von *Tech*-Anwendungen garantieren zu können.

In Frankreich hingegen erleichtert eine saubere Strukturierung von Schriftsätzen die Anwendung von *Legal-Tech*-Anwendungen. Schriftsätze bedürfen einer vorgegebenen Struktur, um vor Gericht zugelassen zu werden.⁹⁷ Mithilfe der Verordnung⁹⁸ Nr. 2017-892 vom 6. Mai 2017 wurde das französische Zivilverfahren modernisiert und vereinfacht sowie der Umgang mit Schriftsätzen und deren Aufbau konkretisiert.

Ein französischer Schriftsatz wird in vier Abschnitte unterteilt:⁹⁹ Zunächst müssen die Prozessparteien genannt und die Tatsachen sowie einzelne Verfahrensschritte dargelegt werden. Es folgen die einzelnen Anträge, die mit Argumenten untermauert werden. Einen vergleichbaren Mindeststandard normiert ebenso § 253 II ZPO. Wie im deutschen Recht ist zwischen Tatsachenbehauptungen und rechtlichen Argumenten zu unterscheiden. Dagegen muss die Anspruchsgrundlage in Frankreich

⁹⁷ Croze, Procédure civile: tout ce qu'il faut savoir pour ne pas échouer à l'examen d'accès au CRFPA, Gazette du Palais, 2017, Nr. 19.

⁹⁸ Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

⁹⁹ Croze, Procédure civile: tout ce qu'il faut savoir pour ne pas échouer à l'examen d'accès au CRFPA, Gazette du Palais, 2017, Nr. 19.

genannt werden, um eine vollständige rechtliche Würdigung zu gewährleisten. Die ZPO hingegen fußt auf dem Grundsatz *iura novit curia*. Schließlich folgt, im französischen Schriftsatzwesen, eine Zusammenfassung der Forderungen (*dispositif*) sowie der Anlagen und Beweisanträge.

Im Gegensatz zu deutschen Schriftsätzen, die in ihrem Aufbau oft mangels Konsequenzen freier sind, hat der etablierte Aufbau von Schriftsätzen in Frankreich bereits deren automatische Strukturierung zur Folge. *Legal-Tech*-Anwendungen sind dementsprechend wesentlich leichter umzusetzen als in Deutschland, hier muss eine allgemeingültige Struktur in der Praxis konsequenter durchgesetzt werden.

4. Gerichtsentscheidungen lassen sich durch Digitaltechnik und Open Data mit ziemlicher Sicherheit vorhersagen.

Die Vorhersage von Entscheidungen zur Prozessrisikoanalyse ist für die Anwaltschaft ein bedeutendes Tool. Noch ist es nicht in der Masse verfügbar, da insbesondere die dafür notwendigen Daten, in Form von Gerichtsentscheidungen, fehlen. Bereits 1997 urteilte das Bundesverwaltungsgericht, dass eine Publikationspflicht von allen Gerichtsentscheidungen besteht, gleichgültig ob diese von einem Bundesgericht oder Instanzgericht herrühren, soweit nur ein Interesse der Öffentlichkeit an ihrer Veröffentlichung besteht.¹⁰⁰ 20 Jahre später konstatierte der BGH zutreffend, dass sich diese Rechtspflicht aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Grundsatz der Gewaltenteilung ergibt und schließt zugleich eine Veröffentlichungsunwürdigkeit nahezu aus.¹⁰¹ Erst nach der kostenfreien, maschinenlesbaren, anonymisierten oder pseudonymisierten Veröffentlichung von allen

¹⁰⁰ BVerwG, NJW 1997, 2694, 2695.

¹⁰¹ BGH, NJW 2017, 1819, 1820 f.

Gerichtsentscheidungen in einer öffentlichen Datenbank,¹⁰² können Tools zur Realisierung einer sog. *predictive justice*¹⁰³ entwickelt werden. Ausreichend treffsichere Software zur automatischen Anonymisierung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Verständlichkeit ist noch nicht vorhanden, kann jedoch durch den Einsatz von korpuslinguistischen Methoden sowie durch *Natural Language Processing* entwickelt werden.

Der Ansatz von *Open Data* in der Justiz kann für die Gerichte zur Arbeitserleichterung führen, da gerade die Entscheidungen der Eingangsinstanzen nicht zu Verfügung stehen und diese aber den Großteil der skalierbaren Streitfälle ausmachen. Wenn diese allen zur Verfügung stehen, können Anwälte die Erfolgsaussichten effektiv bewerten und so von wahrscheinlich erfolglosen Klagen abraten.¹⁰⁴

Perspektivisch müssen dafür noch spezifische,¹⁰⁵ rechtliche und ethische Leitlinien erarbeitet werden, welche es gewährleisten, dass mit den frei verfügbaren Daten in einer rechtschaffenden Weise umgegangen wird.¹⁰⁶ Ein erster Ansatzpunkt für *Scoring*-Algorithmen kann § 31 BDSG darstellen. Jedoch können auch Risiken der Re-Identifikation¹⁰⁷ von individuellen Personen

¹⁰² *Coupette/Fleckner*, JZ 2018, 379, 380, 389, befürworten zutreffend eine Auseinandersetzung mit der quantitativen Rechtswissenschaft. Dafür ist zunächst die Veröffentlichung von juristischen Daten unabdingbar.

¹⁰³ Als Beispiel sei hier *Predictice* für das französische Recht genannt: <https://www.predictice.com>, zuletzt abgerufen am 24.09.2019.

¹⁰⁴ *Netzer*, AnwBl. 5/2018, 280, 284.

¹⁰⁵ *Gerberding/Wagner*, ZRP 2019, 116, vertritt ebenso den Standpunkt, dass es sachspezifische Regelungen für Algorithmen bedarf, statt eines übergreifenden Algorithmengesetzes.

¹⁰⁶ Dazu *Dettling/Krüger*, MMR 2019, 211 ff.

¹⁰⁷ Dazu und allgemein zu den Anforderungen an die Anonymisierung und Pseudonymisierung *Roßnagel*, ZD 2018, 243, 247.

aus den Urteilen und des *Profiling*¹⁰⁸ von Anwälten und Richtern¹⁰⁹ zu Problemen führen. Hier bedarf es einheitlicher Regelungen, die aber zugleich den Anforderungen der spezifischen Gerichtsbarkeiten und Instanzen gerecht werden müssen.

III. Fazit

Schließlich zeigt sich, dass die digitale Transformation noch am Anfang steht, obwohl die Digitalisierung bereits seit Jahren ein Thema ist und in unser Arbeits-, Wirtschafts- und Privatleben Einzug gehalten hat. Dabei haben sich die Vorzüge unserer abstrakten Gesetze gezeigt. Diese haben sich als technologieoffen erwiesen. Dennoch darf weder auf bundesgesetzlicher und europäischer noch auf internationaler Ebene der Mut fehlen, an den geeigneten Stellen Regelungen anzupassen oder zu schaffen. Schlussendlich darf eines nicht vergessen werden: Frühzeitige Ausbildung des Nachwuchses, Fortbildung der Entscheidungsträger sowie Information und Beteiligung der Gesellschaft.

¹⁰⁸ CEPEJ, European Ethical Charter on the use of artificial intelligence (AI) in judicial systems and their environment, S. 27 Tz. 46.

¹⁰⁹ *Kuhlmann*, Frankreich beschränkt Legal-Tech-Branche, Ito.de vom 14.06.2019, zuletzt abgerufen am 14.06.2019 unter <https://www.ito.de/recht/zukunft-digitales/1/frankreich-legal-tech-beschaenkung-predictive-analysis-verbotene-erkenntnis>, zu Art. 33 des „Justizreformgesetz“ (LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018 - 2022 et de réforme pour la justice) welcher es verbietet, dass Identitätsdaten von Richtern und Angehörigen der Justiz nicht mit dem Ziel oder der Wirkung der Bewertung, Analyse, des Vergleichs oder der Vorhersage ihrer tatsächlichen oder angeblichen Berufspraktiken wiederverwendet werden dürfen.

Résultats

Justiciable, contrat et procès : le droit civil et la procédure civile à l'heure de la révolution numérique

NICOLAS COUTURIER



Un bref **résumé** de la contribution sur la **numérisation du droit civil** en format vidéo peut être consulté sur internet :
<https://youtu.be/jkmljDq3Zlo>



Un bref **résumé** de la contribution sur la **numérisation de la procédure civile** en format vidéo peut être consulté

sur internet :

<https://youtu.be/ieedHprHEvc>

Le numérique apporte un lot important d'innovations de procédés qui bouleversent bon nombre de rapports économiques et sociaux. La théorie de la destruction créatrice¹

¹ La « destruction créatrice » désigne un processus continuellement à l'œuvre dans les économies et qui voit se produire de façon simultanée la disparition de secteurs d'activité économique conjointement à la création de nouvelles activités économiques. Un tel mouvement peut résulter de la découverte de plusieurs innovations aboutissant à une modification de l'appareil productif. L'expression est associée à l'économiste *Joseph Schumpeter* (1883-1950) qui en assure une large diffusion avec la parution de son livre *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, publié en 1942. Cependant, l'idée s'inspire du philosophe *Friedrich Nietzsche* (1844-1900) et a été formulée économiquement une première fois par l'économiste *Werner Sombart* (1863-1941).

développée par *Schumpeter*² connaît en effet un nouvel épisode après ceux de la révolution industrielle du XIX^e siècle et de la révolution tertiaire de la seconde partie du XX^e siècle. Le monde du droit et celui des professions juridiques ne sont pas en reste dans la réception de ces technologies, alors que leurs activités étaient jusqu'ici exercées essentiellement par l'intelligence humaine.

Cet atelier franco-allemand a contribué à une meilleure compréhension des mutations connues actuellement. Il a permis de s'interroger sur la mise en œuvre de procédés numériques aussi bien dans la conduite des relations contractuelles que dans celle de la procédure civile. En outre, il a formé un espace de débats sur les expériences nationales française et allemande ; deux grands systèmes juridiques européens qui présentent la particularité d'être philosophiquement proches, mais riches aussi de leurs particularismes culturels, à l'image de deux membres au sein d'une même famille...

Qu'elle soit française, allemande, européenne ou tierce, la diffusion des technologies numériques et leurs applications dépassent les frontières nationales. Pour autant, il revient à l'État d'assurer dans un environnement en pleine mutation le bon fonctionnement de la Justice ainsi que le respect des règles de droit qui assurent la paix sociale et l'équilibre des intérêts des les citoyens, des contractants et des justiciables.

Pendant trois jours, divers intervenants et groupes de travail ont ainsi contribué à éclairer quelque peu les différents chemins que nos systèmes pourront être amenés à choisir afin de s'adapter à ces changements. Il faut garder à l'esprit qu'en présence de telles mutations économiques et sociétales, l'État et la

² *Joseph Schumpeter* (1883 - 1950) est un économiste et professeur en science politique autrichien naturalisé américain, connu pour ses théories sur les fluctuations économiques, l'entrepreneuriat, la destruction créatrice et l'innovation.

société civile n'ont véritablement que deux options : soit de s'interroger et de parfois se remettre en cause dans le but d'être tous deux des acteurs dans la mise en œuvre de cette mutation et de pouvoir consciemment choisir des solutions en accord avec leurs valeurs fondamentales ; soit choisir le *statu quo*, mais dans ce cas l'histoire humaine a déjà montré que les mutations agissent d'elles-mêmes et que l'absence d'un cadre juridique adapté peut entraîner des conséquences plus douloureuses pour les différents membres de la société civile.

Ce sont ces différents travaux que nous proposons de synthétiser très brièvement, en laissant au lecteur le soin d'apprécier chacune des précédentes contributions portant sur les questions qui ont fait l'objet de cet atelier.

I. Les problématiques concernant la numérisation du droit civil

1. L'articulation entre la responsabilité civile et la technologie numérique : le cas des véhicules autonomes.

Les problématiques juridiques liées aux véhicules autonomes forment l'un des sujets majeurs dans les débats actuels portant sur l'articulation du droit positif avec les nouvelles technologies de l'ère numérique. En effet, les enjeux économiques, sociologiques et environnementaux du secteur des transports sont primordiaux dans la recherche de l'optimisation des ressources économiques et des usages quotidiens de la société civile des années à venir. L'interaction sur un même espace entre des véhicules conduits par un être humain et un véhicule autonome amène à s'interroger sur le régime de responsabilité lors d'un accident de la route entre ces deux types de véhicules et par conséquent sur l'indemnisation des victimes d'un tel événement.

Durant l'atelier, l'actuel régime de responsabilité du fait des accidents de la route fut l'objet d'une mise à l'épreuve : la législation actuelle est-elle adaptée à l'avènement des véhicules autonomes ? Faut-il créer un régime juridique spécifique ?

Les discussions ont amené à rejeter la solution de la création d'une personnalité juridique « robotique » propre au véhicule autonome. Outre l'absence d'une intelligence artificielle suffisamment développée, qui appréhenderait les événements routiers de manière identique à l'être humain, un tel régime de responsabilité suppose d'importantes mutations économiques, telle que la détention d'un patrimoine par la personnalité dite « robotique ». Cependant, il fut souligné que la France et l'Allemagne disposent tous deux de deux régimes juridiques susceptibles d'appréhender à court terme ces mutations technologiques : les législations spéciales des accidents de la circulation (la loi Badinter en France ou les dispositions spéciales du Code de la route allemand) et la responsabilité du fait des produits défectueux, qui a été harmonisée par le droit européen.

Si l'Allemagne a modifié ponctuellement son Code de la route sur ces questions, il apparaît toutefois que tant que le véhicule n'atteint pas une autonomie entière, aucune réforme législative majeure ne semble nécessaire. La responsabilité objective du conducteur forme une base suffisamment actuelle. Pour autant, les interactions routières futures entre des véhicules entièrement autonomes et des véhicules conduits par l'être humain risquent de poser de sérieuses difficultés dans un avenir pas si lointain. Quant à la responsabilité du fait des produits défectueux, elle pourrait être un fondement intéressant pour les véhicules complètement autonomes, en permettant d'engager la responsabilité du constructeur, mais également du fournisseur de logiciel qui équipe le véhicule en cause.

Dans l'ensemble, la législation existante offre des solutions pour appréhender à court terme les problématiques posées par les véhicules semi-autonomes. Cependant, la pleine autonomie

de ceux-ci et le rôle qui sera occupé par l'humain (conducteur) conduisent à s'interroger sur le futur régime de responsabilité entre l'arrivée de ces véhicules autonomes et la fin de la mutation, c'est-à-dire l'unique présence de véhicules pleinement autonomes sur la route.

2. Le droit des contrats versus économie numérique et collaborative : le développement des plateformes numériques.

Durant l'atelier, il fut traité des questions portant sur la conclusion d'un contrat via les plateformes numériques. Inutile de rappeler l'importance que jouent ces intermédiaires digitaux dans la vie économique et notamment celle des consommateurs. Leur activité consiste à mettre en relation une multitude d'acteurs économiques, aussi bien en « BtoB », en « BtoC » et même en « CtoC ».³ Dans ce dernier cas, le non-professionnel devient un offreur et la rencontre avec un acquéreur est réalisée à travers la plateforme informatique. Il peut s'agir aussi bien de transactions commerciales sur des biens (*Ebay*), des services (*AirBnB*), sur l'organisation d'une relation de travail ou économique (*Delivroo*) ou sur la mise à disposition d'un contenu accompagné de services personnalisés (*Deezer /Netflix*).

Cependant, l'activité de ces plateformes peut poser plusieurs difficultés. Tout d'abord, d'un point de vue économique, ces acteurs se trouvent souvent dans une situation de quasi-monopole, qui peut certes se justifier par l'innovation et l'avance technologique dont font preuve ces sociétés.⁴ Cependant, une telle

³ Ces expressions désignent les différentes transactions selon les parties en présence. « BtoB » (*Business to business*) désigne les contrats entre deux professionnels, « BtoC » (*Business to consumer*) désigne les relations entre un professionnel et un consommateur et « CtoC » (*Consumer to consumer*) désigne les relations entre deux acteurs non professionnels.

⁴ Dans la théorie de la « destruction créatrice », la situation de monopole ou de quasi-monopole résultant de la mise sur le marché d'une innovation est

situation dans un marché concurrentiel aboutit aussi à une certaine forme de contrainte économique dans les relations commerciales du fait du nombre limité de concurrents et de la perte de vitesse des anciens canaux de distribution de produits et de services.

En outre, en tant qu'intermédiaire, la plateforme n'est pas l'un des cocontractants de la relation contractuelle primaire. En effet, cette dernière a souvent lieu entre deux protagonistes (offreur et acquéreur) qui utilisent tous deux l'interface de la plateforme en échange d'un abonnement ou d'une inscription. Par conséquent, il faut bien admettre qu'il n'est pas dans l'intérêt premier de la plateforme de faire respecter un équilibre de l'économie du contrat entre les parties ; même si le contrat ou certaines de ses dispositions est susceptible d'être incompatible avec une législation nationale, notamment en matière de clauses abusives ou de vices cachés.

Ces constats ont amené l'un des groupes à s'interroger sur l'instauration d'un régime juridique de la plateforme numérique et d'un régime de responsabilité spécifique.

Après l'étude de la plateforme en tant qu'intermédiaire des échanges, celle-ci a été observée aussi comme une entité créatrice de droit. En effet, il semble qu'un droit autonome de celui des droits nationaux est en train de se développer, en raison de l'existence de règles propres à ces plateformes : le *PayPal-Law*. Ces règles autonomes, auxquelles consentent les contractants lors de la conclusion du contrat, permettent à la plateforme de réguler le contrat primaire et même de prévoir une procédure de résolution des litiges parallèle à celles des droits nationaux. L'exemple des conditions générales de vente de *PayPal* a été développé durant l'atelier. Il en ressort que pour une même relation conventionnelle, deux droits s'appliquent *a minima* : un

aussi la récompense de l'entrepreneur en échange de sa prise de risque et du caractère nouveau et créatif de son activité.

droit positif national et le droit *PayPal*. L'un des principaux problèmes vient de l'articulation de ces corpus normatifs, notamment lorsque le contentieux vient devant le juge étatique : à l'heure actuelle, le juge ne peut pas appliquer le *PayPal-Law*, même si les parties y ont consenti.

Si le droit civil actuel répond suffisamment aux problématiques contractuelles liées aux plateformes numériques (location, vente), il s'avère que le rôle de la plateforme en tant qu'intermédiaire et sa responsabilité dans ces transactions commerciales doivent faire l'objet de précisions législatives.

3. Le *smart contract*, avantages et risques d'une exécution automatisée des contrats.

Le *smart contract* a également été abordé par l'atelier. S'agit-il d'un nouveau type de contrat qui requiert la création d'un régime juridique spécifique ? Quel est son lien avec la technologie *Blockchain* ? Quels sont les avantages et les inconvénients de ce procédé pour les parties au contrat ?

Il résulte de ces discussions que le *smart contract* n'est pas véritablement un contrat en lui-même. Il s'agit des dispositions contractuelles transcrites informatiquement et où la réunion de conditions définies entraîne l'exécution automatique de ces dispositions. Il peut également être utilisé pour les contrats d'exécution d'une convention-cadre, qui reste physiquement écrite.

Quant à son lien avec la technologie *blockchain*, il a été observé que cette dernière contribue fortement à l'actuel renouveau des *smart contracts*. Néanmoins, ces deux procédés ne sont pas forcément liés, puisqu'un *smart contract* peut s'exécuter automatiquement au moyen d'informations se situant sur une base de données traditionnelle, c'est-à-dire centralisée sur des supports appartenant à une même personne juridique. Cependant, le procédé *blockchain* permet de s'assurer de l'authenticité des informations présentes sur la base de données. Enfin le

caractère décentralisé de ce registre de données permet une exécution du programme, sans qu'un des cocontractants ne puisse intervenir de manière déloyale.

Si le *smart contract* exécute souvent des dispositions transcrites informatiquement qui proviennent de contrats déjà connus et réglementés (contrat de vente, de location, d'assurance...), il n'en reste pas moins que plusieurs difficultés existent. Par exemple, on peut citer les questions de la transcription informatique des clauses, de la responsabilité de l'écriture des clauses, de l'exécution erronée du contrat...

Par conséquent, il fut démontré qu'aux côtés des nombreux avantages permis par les *smart contracts*, le caractère déshumanisé de ceux-ci peut conduire également à une exécution erronée des obligations dont les parties subiront directement les conséquences.

4. Les applications juridiques de la technologie *blockchain*.

Le procédé *blockchain* repose sur la création d'une base de données cryptée et décentralisée. Ces deux caractéristiques permettent d'assurer une certaine immuabilité, une authenticité et l'anonymat des informations présentes sur la base de données. Développée avec le protocole informatique *bitcoin*, une telle technologie pourrait présenter un intérêt dans la transition vers le numérique de registres publics d'informations, tels que celui de la publicité foncière ou du cadastre. Le caractère authentique et certifié de l'information contribue à assurer la bonne information des parties ainsi que la détermination certaine de l'objet des transactions commerciales.

Cependant, il semble nécessaire de légiférer sur le régime juridique des différents types de *blockchain*. En effet, les problématiques quant à l'inscription des données et l'accès à celles-ci divergent selon qu'il s'agisse d'une *blockchain* privée, d'une *blockchain* de consortium ou d'une *blockchain* publique.

De plus, leurs interactions peuvent s'étendre au-delà d'un seul espace juridique et soulever d'autres problématiques notamment en matière de droit international privé. Par exemple, quel régime juridique s'applique aux données inscrites dans la *blockchain*, voire même à la *blockchain* en tant que support ? En effet, il n'en va pas de même selon que celles-ci portent sur un crypto-actif (*bitcoin*), sur une transaction de terrain, sur la commercialisation de différents types de biens (droit à l'image, propriété intellectuelle) ou sur des données à caractère personnel. D'ailleurs, au niveau national, ces différents éléments sont soumis à divers régimes juridiques spéciaux. Dès lors, la *blockchain* pourrait placer ces données dans une sphère transnationale qui s'illustrerait par l'absence de régulation ou bien la compétence d'une multitude de réglementations nationales.

Pour conclure, il faut reconnaître qu'il est difficile de cartographier l'ensemble des faits émergents et des conséquences qui résultent de cette technologie. Cette difficulté est d'ailleurs plus grande en raison d'un espace européen unifié par un marché intérieur, mais divisé par les frontières juridiques des États membres. C'est pourquoi il semble qu'une législation générale sur la *blockchain* soit difficilement applicable à un niveau national : un cadre juridique européen serait peut-être plus adéquat...

5. L'attribution à la machine de tâches d'auxiliaire de justice : le cas de l'évaluation des dommages-intérêts par un logiciel.

L'analyse de l'attribution de l'évaluation des dommages et intérêts à des logiciels a mis tout d'abord en exergue les différences entre les droits français et allemand de la responsabilité civile.

En France, la distinction entre le « dommage », de nature objective, et les « préjudices », c'est-à-dire les conséquences du dommage, est au cœur du régime de responsabilité, qui repose sur le principe de la réparation intégrale de ceux-ci. Cela

entraîne notamment la réparation de divers préjudices, notamment du préjudice moral qui n'est d'ailleurs retenu qu'à titre exceptionnel en Allemagne.

Après ces constats sur le régime de responsabilité, la question d'une automatisation du calcul de l'indemnisation a été traitée. Celle-ci semble être beaucoup plus envisageable en France qu'en Allemagne. En effet, il existe déjà dans le droit français des barèmes ou des référentiels pour aider les juges, qui ont permis de rationaliser les méthodes de calcul de l'indemnisation de la victime.

Dès lors, quel devrait être le rôle du juge de l'indemnisation ? Si celui-ci est indispensable pour établir la responsabilité du fait d'un dommage, l'est-il toujours autant pour évaluer et calculer la réparation de celui-ci ? Étant donné l'existence de ces barèmes et de ces méthodes de calcul, on pourrait être amené à en douter. Cependant, il faut conserver à l'esprit que seul le juge peut évaluer concrètement l'étendue du préjudice et apprécier discrétionnairement l'ensemble des éléments constituant la réparation de celui-ci ; quitte à ce qu'il ne respecte pas strictement les référentiels et les méthodes de calcul s'il souhaite parvenir à une réparation adéquate... appréciation qu'un programme informatique ne peut pas (encore) accomplir...

II. Les problématiques concernant la numérisation du contentieux civil

1. Les *Legal Tech* : de nouveaux acteurs sur le marché du droit.

Les *Legal Tech* offrent toute une gamme d'opportunité pour les professions de la justice ainsi que pour le justiciable. Néanmoins, les avantages apportés par les outils de ces nouveaux acteurs s'accompagnent également de plusieurs risques. Il s'avère que ces derniers dépendent de l'utilisation concrète de tels outils par les différents acteurs (justiciable, cabinet d'avocat, entreprise, partie au procès ou juge).

Parmi leurs avantages, les *Legal Tech* peuvent conduire à un meilleur accès à la justice, une meilleure connaissance des droits du justiciable, une diminution du recours au juge et un usage plus fréquent des modes alternatifs de résolution des différends (MARD). Elles peuvent également faciliter le travail des acteurs de la justice. Toutefois, leurs instruments doivent faire l'objet d'une attention particulière. Ceux-ci produisent des résultats qui peuvent être traités statistiquement (taux d'erreur, chance de succès). De tels résultats peuvent conduire à une remise en cause récurrente des décisions humaines dès lors que ces dernières ne concorderaient pas avec les réponses données par les *Legal Tech*. Par conséquent, dans une catégorie donnée de litiges, l'individualisation du traitement d'un litige par la justice pourrait entrer en concurrence avec les solutions généralistes des programmes informatiques des *Legal Tech*. Ainsi, la tentative de comparer les décisions du juge avec les réponses données par ces instruments informatiques est grande.

Face à ce constat, l'admissibilité de tels outils techniques doit être adaptée selon les acteurs et avec des exigences variées.

À titre d'exemple, une attention particulière doit être portée sur la qualité des conseils donnés et la protection des professions juridiques (octroi de certifications, définition du « service juridique »). Cependant, le scénario d'un résultat uniquement donné par un informaticien ne doit pas être surestimé : l'avocat, en tant que professionnel, contribue à la qualité des solutions et des résultats donnés par les *Legal Tech*.

En outre, si leurs outils peuvent assister le juge dans l'appréciation des faits et l'évaluation du litige, le scénario d'une automatisation de la fonction de juger est à relativiser. Au-delà des questions techniques relatives à la faisabilité d'un tel scénario, un certain scepticisme existe sur la recevabilité juridique, sans une modification constitutionnelle de l'indépendance judiciaire, d'un projet qui aboutirait à une déshumanisation de la justice. En outre, un tel projet entre en pleine confrontation avec des

considérations éthiques liées à l'existence d'un « droit humain à être jugé par un être humain ».

Malgré le caractère explosif de ces questions, ces instruments ne seront pleinement effectifs qu'à long terme (une quinzaine d'années), tout du moins pour la majorité des procédures civiles. Il semble que la mise à disposition publique de toutes les décisions judiciaires et la modification des méthodes de rédaction législative contribueront à améliorer la qualité des résultats donnés par les logiciels ainsi que celle des processus d'apprentissage de l'intelligence artificielle.

En somme, les *Legal Tech* forment un enjeu pour le futur monde judiciaire. Elles peuvent contribuer à une meilleure effectivité de l'appareil judiciaire et au respect des droits du justiciable, mais elles peuvent aussi provoquer une dénaturation importante des valeurs fondamentales sur lesquelles reposent nos systèmes judiciaires. Comme tout progrès technologique, les (bonnes ou mauvaises) conséquences de ces instruments sont conditionnées à l'usage dont en fera l'être humain.

2. La communication électronique de la justice : États des lieux divergents entre l'Allemagne et la France.

L'intérêt de cet atelier est également de pouvoir faire l'état des lieux d'une situation factuelle ou juridique dans les deux pays. C'est le cas du thème portant sur la communication électronique de la justice, qui a permis d'observer les disparités entre l'Allemagne et la France.

Sur ce thème, il apparaît que la France dispose d'une certaine avance dans la communication électronique entre les juges et les avocats. Celle-ci s'effectue au moyen de plateformes informatiques (RPVA, RPVJ) aussi bien devant les tribunaux de grande instance, les cours d'appel et les tribunaux de commerce. Ces outils informatiques accélèrent l'échange des pièces entre les représentants des parties et le juge, assurent un suivi des actes du procès et participent à la réduction des frais de justice (des

considérations écologiques sont souvent officiellement citées comme un objectif). Toutefois, certains inconvénients ne doivent pas être ignorés (piratage, coût élevé de la sécurité de la plateforme, équipement des juridictions et des professions judiciaires).

En outre, la diffusion sans réflexion globale de ces outils peut conduire à une certaine déshumanisation de la justice, notamment en favorisant nettement une mutation de la procédure civile en procédure intégralement écrite. C'est déjà le cas avec l'audience de mise en état en France. Les participants allemands ont d'ailleurs souligné le risque d'inconstitutionnalité d'un tel projet en Allemagne, car l'article 103 de la Loi fondamentale allemande garantit le droit pour le justiciable à être entendu par un juge.

Contrairement à la France, l'Allemagne ne connaît pas un développement aussi avancé de la communication électronique entre les acteurs de la justice. Si certains sont tentés de parler de retard de la justice allemande dans le tournant du numérique, l'histoire humaine montre que tout retard se rattrape et il est certain que le législateur allemand ne restera pas immobile sur ces questions.

Pour conclure, différents projets en matière de communication électronique ont été évoqués : le projet français « Portalis » qui mettra à la disposition de tout justiciable le suivi de sa demande en justice et les projets allemands de dématérialisation des procédures qui font l'objet d'actuels débats parlementaires.

3. L'usage de la visioconférence : un instrument sujet à de sérieuses critiques.

Contrairement à l'Allemagne (art. 103 de la Loi fondamentale), la France ne prévoit pas de consécration constitutionnelle au droit d'être entendu par le juge.

Le § 128a du Code de procédure civile allemande (ZPO) dispose qu'il est possible pour le justiciable de demander la participation à une procédure orale par visioconférence. Il appartient au tribunal d'accepter discrétionnairement cette demande sans contestation possible par les parties. Il n'existe pas de disposition générale dans le code français de procédure civile. L'usage de la visioconférence est en effet prévu par l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire (COJ).

Il ressort des discussions du groupe de travail la formulation de plusieurs critiques quant à ce mode de participation au procès malgré la reconnaissance de certains avantages (élimination des frais de déplacement, gestion des flux et accélération des procédures). Il apparaît que l'usage généralisé d'un tel outil pose encore des difficultés techniques (sécurité des flux informatiques, disponibilité de locaux, équipement des juridictions), mais également éthiques, puisque la généralisation de la visioconférence peut entraîner la désacralisation de la personne du juge et déshumaniserait la justice désormais rendue par écran interposé.

En effet, la justice dans une société démocratique doit tendre vers un appareil judiciaire de proximité qui serait pleinement accessible à l'ensemble de la population. C'est pourquoi il faut éviter, sous couvert des arguments tenant à la suppression de la « distance géographique » entre le tribunal et le justiciable ou de la rationalisation des dépenses, de supprimer la rencontre physique entre le justiciable et le juge dans un tribunal ; rencontre physique qui participe à l'acceptation de la décision de justice. Enfin, les participants soulignent aussi une certaine réticence voire une résistance de la part des praticiens.

De ces constats, les participants ont tiré deux principes dans la mise en œuvre de la visioconférence dans les procédures civiles. Le recours à la visioconférence ne doit se faire que sur la base

du volontariat des parties et son usage doit reposer sur sa pertinence dans le déroulement de la procédure et non sur des considérations géographiques ou de coûts de procédure.

4. La procédure civile à l'ère du numérique : structure des conclusions, procédure numérique de règlement des petits litiges et justice prévisible.

L'utilisation des technologies numériques pose plusieurs questions quant à leurs interactions avec la procédure civile et le respect des principes fondamentaux de cette dernière.

Tout d'abord, les problématiques de la structure et de la rédaction des conclusions furent traitées. L'écrit électronique, dont les avantages sont certains, entraîne aussi des effets négatifs : l'augmentation du nombre de documents, la taille des conclusions, la rédaction stylistique... D'ailleurs, certaines divergences furent remarquées entre les modèles allemand et français en matière de structure des conclusions : face à une conception française assez formatée en la matière, l'Allemagne accorde *a contrario* une pleine liberté à l'avocat en matière de structuration de celles-ci.

Cependant, il semble nécessaire de promouvoir des lignes directrices en matière de structure des conclusions, afin d'éviter que l'écrit électronique n'amplifie les défauts déjà connus par l'écrit physique. En outre, l'éventuel recours à des logiciels d'analyse tend à recommander la création de modèles afin de limiter les effets négatifs cités ci-dessus et d'accélérer le traitement informatique de ces documents ; par conséquent, l'étude du litige par le juge n'en serait que facilitée. Il reste enfin la question de l'autorité la plus apte à édicter de tels modèles : le législateur ou l'ordre professionnel des avocats ?

Par la suite, notre attention fut portée sur le traitement des petits litiges. La numérisation du contentieux trouve différentes applications pratiques (accélération de l'échange des actes et preuves entre les parties, leurs représentants et la juridiction,

réduction des frais de procédure et du procès). L'idée de créer une procédure numérique préliminaire pour évaluer les exigences des parties et pour définir les éléments du litige a été proposée. Le tribunal conserverait la main pour décider de la suite de la procédure, mais cette phase numérisée permettrait d'obtenir, grâce à l'échange des pièces et la structuration des conclusions, un document de base sur lequel les parties concernées pourraient se reposer dans la conduite de leur procès. De plus, elle pourrait être en lien avec les procédures de conciliation ou de médiation judiciaires dans la recherche de solutions au litige ou *a minima* d'un accord des parties sur les faits du litige.

La mise en place d'une telle procédure numérique exige la création d'un cadre juridique particulier (plateforme informatique judiciaire, formulaire pour les parties, structuration des conclusions des parties...). Toutefois, elle forme une illustration intéressante de l'utilisation des moyens numériques pour permettre un meilleur traitement des litiges par le juge et accélérer la résolution amiable ou contentieuse de ceux-ci.

Enfin, concernant la justice prédictive, les intervenants et les groupes de travail ont eu l'occasion de souligner une problématique sémantique : s'agit-il d'une justice prédictive ou d'une justice prévisible ? En effet, les algorithmes et les logiciels apprécient non seulement les chances de succès d'un recours, mais simulent également le gain susceptible d'être obtenu à partir de l'analyse de décisions judiciaires déjà rendues. En cela, on devrait parler plutôt d'une justice prévisible. C'est pourquoi ces outils sont en lien étroit avec les questions portant sur l'*Open data*, c'est-à-dire la constitution de bases de données accessibles à tous et dont les informations permettraient alors l'exécution de ces logiciels.

Cependant, la constitution de ces bases de données n'est pas encore terminée. Sur ce point, la France est en avance notam-

ment par l'existence de celles-ci dans les matières civile et commerciale. Pour autant, d'importants enjeux éthiques se posent. Si l'anonymat des parties dans les jugements publiés forme l'un d'entre eux, il y a un risque important de profilage des avocats et surtout des juges qui pourrait conduire les professionnels à choisir une stratégie qui ne repose plus sur la seule argumentation des parties, mais sur l'analyse de la personnalité des différents acteurs de la justice.

Il fut démontré également que de tels logiciels peuvent faciliter le travail des tribunaux et des juges dans la motivation de leurs décisions. Certains soutiennent que ces outils aideraient à l'harmonisation de la jurisprudence sur l'ensemble du territoire, à l'image de la tradition de *common law*, assurant dès lors un traitement égal des justiciables pour des faits identiques. Cependant, il ne faut pas oublier que le juge de *common law* n'est en principe tenu que par les décisions provenant des juridictions supérieures (*binding precedent*) et qu'il conserve pleinement le droit de ne pas suivre celles de tribunaux de niveau inférieur ou identique (*persuasive precedent*).

C'est pourquoi, s'il est évident que la justice prédictive/prévisible forme un enjeu majeur des années à venir, aucune raison ne permet d'affirmer strictement qu'un phénomène d'harmonisation de la jurisprudence se produira dans des systèmes juridiques reconnus comme des modèles phares de la tradition civiliste.

Après trois jours alternant interventions et groupe de travail, cet atelier franco-allemand a rempli formidablement tous ces objectifs. Méthodologiquement, sa réussite est incontestable par la tenue de riches débats entre les différents participants (enseignants-chercheurs, docteurs, doctorants et étudiants) qui ont pu partager et confronter la situation et les expériences connues par leur droit national. Matériellement, les résultats sont tout aussi importants. À travers la comparaison des expériences fran-

çaise et allemande, l'atelier a permis d'apporter des éclaircissements, de donner des explications, de susciter des questions et de proposer des solutions à des problématiques liées à l'appréhension par le droit du phénomène du XXI^e siècle : la révolution numérique.

Comparer les expériences nationales est un atout majeur dans la recherche de solutions pour s'adapter au mieux à cette nouvelle révolution scientifique, qui produit déjà d'importantes mutations des appareils productifs et judiciaires, des relations contractuelles et des rapports sociaux dans nos sociétés humaines.

Bearbeiterverzeichnis / ***Liste des contributeurs***

Lorenz Braun

Absolvent der Universität Jean Monnet Saint Étienne
*Diplômé du Master 2 Justice Procès Procédures de l'Université
Jean Monnet Saint Etienne*

Dr. Marianne Cottin

Maître de conférences an der Universität Jean Monnet Saint-
Étienne
*Maître de conférences à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne
(CERCRID)*

Dr. Julie Courtois

Universität Jean Moulin Lyon 3
Université Jean Moulin Lyon 3

Nicolas Couturier

Doktorand an der Universität Jean Moulin Lyon 3
*Doctorant en droit comparé (IDCEL/EDIEC) à l'Université Jean
Moulin Lyon 3*

Prof. Dr. Frédérique Ferrand

Professorin an der Universität Jean Moulin Lyon 3, Honorar-
professorin an der Universität Augsburg, Direktorin des
Instituts für Rechtsvergleichung Edouard Lambert
*Professeur agrégé à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Professeur
honoraire à l'Université d'Augsbourg, Directrice de l'Institut de
Droit Comparé Edouard Lambert*

Prof. Dr. Reinhard Gaier

Richter am Bundesverfassungsgericht a. D., Professor an der
Universität Hannover

*Ancien juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande,
professeur à l'Université d'Hanovre*

Prof. Dr. Reinhard Greger

Richter am Bundesgerichtshof a. D., Professor i.R. an der
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
Universität Erlangen-Nürnberg

*Ancien juge à la Cour fédérale de justice d'Allemagne,
professeur émérite de l'Université Friedrich-Alexander Erlangen-
Nürnberg*

Michael Keuchen

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissen-
schaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

*Assistant scientifique à la faculté de droit de l'Université
Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg*

Prof. Dr. Jonas Knetsch

Professor an der Universität Jean Monnet Saint-Étienne

Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne

Dr. Marie-Noël Koffi

Wissenschaftliche Assistentin an der Universität Jean Monnet
Saint-Étienne

*Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Univer-
sité Jean Monnet Saint-Etienne*

Dr. Nikolaus Krausler

Früher Projektassistent (Postdoc) an der Universität Salzburg,
FB Privatrecht; Rechtsanwaltsanwärter bei CERHA HEMPEL
*Ancien assistant de projet (Postdoc) à l'Université de Salzbourg
(Autriche); aujourd'hui élève avocat chez CERHA HEMPEL*

Dr. Nelly Noto-Jaffeux

Universität Jean Monnet Saint-Étienne
Université Jean Monnet Saint-Étienne (CERCRID)

Dr. Philippe Soustelle

Maître de conférences an der Universität Jean Monnet
Saint-Étienne
*Maître de conférences à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne
(CERCRID)*

Lisa Späth

Studentin an der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg
*Étudiante à la faculté de droit de l'Université Friedrich-Alexander
Erlangen-Nürnberg*

François Thevenot

Absolvent der Universität Jean Monnet Saint-Étienne
*Diplômé du Master 2 Justice Procès Procédures de l'Université
Jean Monnet Saint-Étienne*

Dr. Martin Zwickel

Akademischer Oberrat am Fachbereich Rechtswissenschaft der
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
*Assistant scientifique à la faculté de droit de l'Université
Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg*

Vom 11. bis 14. März 2019 kamen 44 Wissenschaftler/-innen sowie Studierende, Promovierende und Rechtspraktiker zum 6. Deutsch-Französischen Forschungsatelier an die Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, um die Digitalisierung des Zivilrechts und der Ziviljustiz in Deutschland und Frankreich näher in den Blick zu nehmen. Ziel dieser vom CERCRID (Centre de recherches critiques sur le droit, Jean-Monnet-Universität Saint-Étienne, Frankreich), dem Institut de droit comparé Édouard Lambert (Jean-Moulin-Universität Lyon 3, Frankreich) und dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Deutschland) getragenen Veranstaltung war es, die Möglichkeiten und Grenzen der Digitalisierung des Rechts und der Ziviljustiz auszuloten und in einem deutsch-französischen Rechtsvergleich gegenüberzustellen.

Le 6^e Atelier de recherche franco-allemand s'est tenu à l'Université Friedrich-Alexander d'Erlangen-Nuremberg du 11 au 14 mars 2019. Il a réuni 44 universitaires, praticien(ne)s du droit, doctorant(e)s et étudiant(e)s autour de la thématique « Le droit civil et la justice civile à l'ère de la numérisation ». L'objectif de cette manifestation, co-organisée par la Faculté de droit de l'Université d'Erlangen-Nuremberg, le CERCRID (Centre de recherches critiques sur le droit, Université Jean Monnet Saint-Étienne) et l'Institut de droit comparé Edouard Lambert (Université Jean Moulin Lyon 3), était d'apprécier les potentialités et les limites du numérique dans le domaine du droit matériel et processuel, et ce dans une perspective comparative franco-allemande.

ISBN 978-3-96147-283-3



9 783961 472833