

Anticipé par e-mail

Monsieur Thomas MAYER
OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE
Bundesrain 20
3003 Bern

Genève, le 9 mars 2023

Procédure de consultation relative au projet d'arrêté fédéral concernant le recours aux moyens de communication électroniques dans les procédures civiles transfrontalières

Cher Monsieur,

Référence est faite à la publication de l'Office fédéral de la justice du 23 novembre 2022 intitulée « Simplifier le recours aux moyens de communication électroniques dans les procédures civiles transfrontalières » sur le site du Conseil fédéral.

Nous vous faisons parvenir ci-après les observations de l'Ordre des avocats de Genève (ci-après : l'« ODAGE ») s'agissant du projet d'arrêté fédéral précité, et, plus spécifiquement, des modifications qu'il comporte.

D'une manière générale, **l'ODAGE est favorable aux mesures qui permettent de simplifier des étapes ou des démarches procédurales notamment par le biais de la vidéoconférence, sous réserve de garanties suffisantes**. Il salue donc positivement les modifications proposées, en soumettant toutefois à votre vigilance les quelques réserves qui suivent.

De manière générale, l'ODAGE note que si le but des modifications est tout à fait bienvenu, certaines des modifications proposées manquent parfois de clarté, en particulier celles concernant l'interaction entre les différents instruments juridiques, et mériteraient d'être clarifiées pour renforcer la prévisibilité juridique (**section 1**). Par ailleurs, les modalités relatives au consentement de la personne concernée pourraient être précisées sur certains points (**section 2**). Les modifications proposées ne règlent pas la question de la **protection des données** qui doit être clarifiée (**section 3**).

1. Interaction entre les différents instruments juridiques

Les modifications proposées de l'art. 11 al. 1 et al. 2 AP-LDIP prévoient l'application par analogie des chap. I et II de la Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile (ci-après : « CLaH54 »), respectivement au chap. II de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (ci-après : « CLaH70 »). La formulation actuelle des renvois à la CLaH54 et à la CLaH70 porte à confusion.

En effet, dans le cas de l'art. 11 al. 1 AP-LDIP, la formulation proposée ne permet pas de comprendre si les règles de la CLaH54 s'appliquent également dans le cas de relations entre États parties à la CLaH70 ; à tenir

du texte actuel, on peut en effet comprendre que la CLaH54 remplace les dispositions de la CLaH70. Il conviendrait de mieux délimiter le champ d'application analogique de la CLaH54.

Dans le cas de l'art. 11 al. 2 AP-LDIP, la formulation proposée ne permet pas de comprendre quelles sont les règles applicables dans le cadre d'une demande fondée sur le chap. I CLaH70 et si les dispositions prévues au chap. II CLaH70 et par association la Déclaration n°5 (ci-après : la « Déclaration ») s'appliquent aux demandes fondées sur le chap. I CLaH70.

La matière relative à l'entraide judiciaire étant complexe et la jurisprudence rare, il est important, du point de vue des praticiens, que les modifications proposées soient aussi simples et claires que possible et qu'elles évitent toute ambiguïté. Or, tel n'est pas le cas avec la formulation actuelle et le Rapport explicatif ne permet pas de comprendre avec certitude l'interprétation qui devra être donnée à ces normes. Dans un souci de prévisibilité juridique, l'interaction entre les différents instruments (CLaH54 et CLaH70) et leurs chapitres respectifs (chap. I et II CLaH70) doit être clarifiée tant dans le texte des modifications législatives proposées que dans le Message qui les accompagnera.

2. Consentement de la personne concernée

En exemptant les interrogatoires menés au moyen d'outils électroniques de l'autorisation habituellement exigée, la réglementation proposée donne désormais une importance centrale à la protection de la personne concernée et, en particulier, à son consentement.

L'ODAGE a pris bonne note de la formulation de la nouvelle Déclaration relative à la CLaH70, qui subordonne la possibilité de tels interrogatoires à des conditions, listées à l'al. 3, réglant notamment la date de la communication des conditions temporelles de l'interrogatoire (let. a), son contenu (let. b.), l'étendue des pouvoirs du commissaire (let. c), etc.

Or, dans ce même al. 3, en let. f, il est indiqué qu'« *une déclaration écrite de la personne concernée, par laquelle celle-ci reconnaît avoir pris connaissance des présentes conditions et consent à sa participation à la téléconférence ou vidéoconférence, est jointe à la communication* ».

Cette référence aux « *présentes conditions* » de l'al. 3 let. f mériterait d'être précisée. En effet, il semble indispensable que la personne concernée soit informée des conditions permettant son interrogatoire, mais aussi des « *indications* » figurant sur la communication de l'Etat requérant, visées à l'al. 3 let. b, ce qui ne semble pas prévu.

À cela s'ajoutent les éléments suivants, qui devraient à notre sens également être prévus au titre des éléments sur lesquels doit porter le consentement de la personne concernée :

- ***Enregistrement et usage de l'enregistrement***

Le Guide des bonnes pratiques de la CLaH70 sur l'utilisation de la liaison vidéo¹ semble considérer qu'un enregistrement vidéo de l'audition doit être possible, voire doit être préféré à l'enregistrement écrit (chap. B6, §73, p. 139).

De ce fait, la personne concernée doit être informée du support sur lequel seront enregistrées ses déclarations et, cas échéant, exprimer son consentement avec l'enregistrement vidéo de son audition.

En outre, la personne concernée doit pouvoir être informée de l'usage qui sera fait du support d'enregistrement, écrit ou vidéo, de son audition, en particulier si ledit enregistrement a vocation à être diffusé, dans son intégralité ou par extraits, en-dehors du cercle des participants à la procédure étrangère. Sur ce dernier point, nous relevons que l'accès au dossier et l'accès du public à l'information sont régies par des règles qui peuvent varier considérablement d'un Etat à l'autre². On ne saurait donc partir du

¹ Téléchargeable : <https://assets.hcch.net/docs/efdcd58e-2176-4030-8d00-1849d70b8e69.pdf>.

² Pour se faire une idée de la diversité en matière de transparence et d'accès à l'information, l'on peut consulter le site <http://www.freedominfo.org/>. Bien qu'il semble ne pas être tenu à jour avec régularité, ce site recense les législations de 119 pays en la matière.

principe que seules les décisions judiciaires seront accessibles au public dans l'État requérant, comme c'est le cas en Suisse sous une forme anonymisée (cf. art. 54 al. 1 *in fine* CPC)³.

Autrement dit, il n'est pas exclu que les enregistrements, écrits ou vidéo, envisagés ici puissent être ultérieurement rendus accessibles au public en vertu de la législation de l'État requérant. Cas échéant, la personne concernée devrait être informée en amont que l'enregistrement de l'audience, qu'il soit écrit ou vidéo, pourra être rendu accessible au public.

- *Eléments et personnes visibles par la personne concernée*

Si l'al. 3 let. b de la Déclaration exige que la communication de l'État requérant à l'État requis comporte l'indication des « *noms et adresses des parties et leurs représentants* », et des « *noms et fonctions des autres personnes participant à la téléconférence ou vidéoconférence* », il nous paraît également indispensable que la personne concernée puisse être informée à cet égard.

À cela s'ajoute que la personne concernée doit pouvoir bénéficier, elle aussi, d'une vue sur les participants à la vidéoconférence dans l'État requis, et être cas échéant informée des circonstances dans lesquelles son audition aura lieu.

Enfin, dès lors que le commissaire peut « *superviser* » l'obtention des preuves selon l'al. 2 de la Déclaration, le consentement de la personne concernée visé à l'al. 3 let. f de la Déclaration doit aussi pouvoir porter sur l'identité des personnes autorisées à l'interroger, qu'il s'agisse des magistrats en charge de la direction de la procédure, des parties ou de leurs conseils juridiques.

- *Retrait du consentement*

L'ODAGE a pris bonne note de l'al. 3 let. g de la Déclaration, selon lequel « *la personne concernée peut en tout temps retirer son consentement* ».

Les conditions de ce retrait, en particulier s'il intervient en fin d'audition, voire après l'audition, mériteraient d'être précisées.

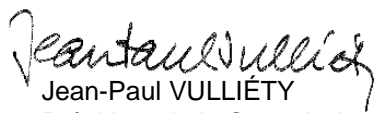
La conséquence d'un tel retrait, notamment en ce qu'elle pourrait comporter la destruction de l'enregistrement écrit ou vidéo de l'audition, mériterait également d'être précisée dans la Déclaration.

3. Protection des données

Enfin, la Loi fédérale sur la protection des données (ci-après : « LPD ») ne s'applique pas en matière d'entraide judiciaire internationale (art. 2 al. 2 let. c LPD). Or, puisque le chap. II de la CLaH70 ne vise pas une procédure d'entraide au sens strict (par le biais de commissions rogatoires), il semblerait opportun de préciser si la LPD serait ou non applicable dans une telle situation.



En vous remerciant de l'accueil que vous voudrez bien réserver à ces lignes, nous vous prions de croire, cher Monsieur, en l'assurance de notre haute considération.


Jean-Paul VULLIÉTY
Président de la Commission
de droit civil


Miguel OURAL
Bâtonnier

³ David HOFMANN, Accès au dossier et aux décisions judiciaires : peut-on invoquer la LIPAD?, in Semaine Judiciaire 2022 p. 123, 140-144.