



Berne, le 23 novembre 2022

Arrêté fédéral concernant le recours aux moyens de communication électroniques dans les procédures civiles transfrontalières

**Rapport explicatif
relatif à l'ouverture de la procédure de consultation**

Condensé

Le présent avant-projet a pour but de simplifier le recours à la téléconférence, à la vidéoconférence ou à d'autres moyens de communication électroniques dans les procédures civiles transfrontalières.

Contexte

Le droit en vigueur requiert une autorisation préalable de l'Office fédéral de la justice pour interroger ou entendre une personne séjournant en Suisse par téléconférence ou vidéoconférence. La motion 20.4266 « Moderniser les procédures civiles transfrontalières » de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États charge le Conseil fédéral de simplifier le recours aux moyens de communication électroniques.

Contenu de l'avant-projet

L'avant-projet permet qu'une personne séjournant en Suisse puisse être interrogée ou entendue dans le cadre d'une procédure civile étrangère par téléconférence ou vidéoconférence sans autorisation préalable pour autant que des conditions spécifiques de préservation de la souveraineté de la Suisse et de protection de la personne concernée soient réunies. Des interrogatoires ou des auditions par téléconférence ou vidéoconférence pourront également avoir lieu dans le cadre de procédures civiles d'États qui ne sont pas parties à la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH70). Le droit en vigueur ne le permet qu'à titre exceptionnel.

La mise en œuvre intervient par le biais d'une adaptation de la déclaration n° 5 à propos des art. 15, 16 et 17, CLaH70 et des art. 11 et 11a de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

Rapport explicatif

1 Contexte

1.1 Motion 20.4266 « Moderniser les procédures civiles transfrontalières »

Le 17 juin 2021, le Parlement a adopté sans opposition la motion 20.4266 « Moderniser les procédures civiles transfrontalières » de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E). Celle-ci charge le Conseil fédéral « de soumettre au Parlement un projet d'arrêté fédéral permettant d'adapter la réserve formulée par la Suisse en lien avec la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, de manière à simplifier le recours à la vidéoconférence et à la téléconférence dans un contexte international ».

La motion s'inscrit dans le contexte de la révision du code de procédure civile (n° d'objet 20.026). Le Parlement a introduit dans ce projet des dispositions visant à faciliter le recours aux moyens de communication électroniques (notamment la téléconférence et la vidéoconférence). Il a reconnu la nécessité de nouvelles dispositions pour les cas transfrontaliers également.

1.2 Situation juridique actuelle

La motion concerne en premier lieu les interrogatoires de personnes séjournant en Suisse par téléconférence ou vidéoconférence. Un interrogatoire mené dans le cadre d'une procédure civile constitue en règle générale une mesure d'obtention de preuves. Il s'agit d'un acte de puissance publique qu'un tribunal étranger ne peut effectuer directement sur le territoire suisse. Selon la conception du droit suisse, il doit passer par la voie de l'entraide judiciaire.

Deux traités règlent l'obtention de preuves en matière civile par la voie de l'entraide en Suisse : la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile (CLaH54)¹, appliquée par analogie aussi aux États non-contractants (art. 11a, al. 4, de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP]²), et la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH70)³. La CLaH70 autorise dans certaines circonstances à son chap. Il l'obtention directe de preuves sur le territoire étranger, soit par l'action d'un représentant diplomatique ou consulaire (art. 15 s. CLaH70), soit par l'action d'un commissaire désigné par le tribunal devant lequel la procédure est engagée (art. 17 CLaH70). Ces mesures doivent s'appliquer « sans contrainte » et requièrent en principe l'autorisation préalable de l'État sur le territoire duquel elles sont déployées. Les États contractants peuvent faire une déclaration pour renoncer à l'obligation de demander une autorisation. La Suisse a quant à elle déclaré que toutes les formes d'obtention directe de preuves au sens du chap. II de la CLaH70 requéraient l'autorisation préalable du Département fédéral de justice et police (DFJP ; déclaration n° 5 ad art. 15, 16 et 17).

Selon la longue pratique du DFJP, le fait d'interroger directement une personne séjournant en Suisse par téléconférence ou vidéoconférence est considéré comme un cas d'application de l'art. 17 CLaH70 ; un tel interrogatoire peut être autorisé si les conditions sont réunies. Cette pratique concerne tant les interrogatoires réalisés par un commissaire que ceux réalisés par un tribunal étranger. Plusieurs autres États, de même que la Conférence de La Haye de droit international privé, considèrent que le chap. II de la CLaH70 est applicable aux situations décrites⁴.

La compétence du DFJP en matière d'autorisations au sens de l'art. 17 CLaH70 découle de l'art. 31 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)⁵, qui dispose que « les départements [...] décident des autorisations de procéder pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics prévues à l'art. 271, ch. 1, du code pénal ». Selon la pratique constante, les actes d'obtention de preuves effectués en Suisse par un tribunal étranger constituent de tels actes pour un État étranger, si bien que les autorisations au sens du chap. II de la CLaH70 relèvent de l'art. 31 OLOGA. Le DFJP a délégué le droit de signature dont il dispose dans ces cas à l'Office fédéral de la justice (OFJ).

Conformément à la 2^e phrase de la déclaration n° 5, la demande d'autorisation doit être adressée « à l'autorité centrale du canton où aura lieu l'acte d'instruction » qui, selon la pratique établie, procède à un examen préalable avant de transmettre la demande à l'OFJ. L'« autorité centrale » est l'autorité qui est désignée par l'État contractant pour recevoir les commissions rogatoires (art. 2, par. 1, CLaH70). La Suisse a désigné une autorité centrale pour chaque canton.

Les actes d'obtention directe de preuves effectués en Suisse par un État qui n'est pas partie à la CLaH70 sont considérés comme illicites. Aucune base légale ne permet l'octroi d'une autorisation au cas par cas. Il n'est pas possible d'invoquer les art. 271 CP et 31 OLOGA : selon la pratique du Conseil fédéral, les autorisations fondées sur l'art. 271 CP sont illicites lorsqu'il est possible d'emprunter la voie ordinaire de l'entraide judiciaire⁶. Les États qui ne sont pas parties à la CLaH70 peuvent emprunter la voie de l'entraide judiciaire en application de la CLaH54 (qui, comme indiqué précédemment, s'applique également aux États non-contractants). Le DFJP a toutefois édicté une règle dérogatoire applicable en temps de pandémie, selon laquelle une autorisation fondée sur l'art. 31 OLOGA peut être délivrée aux États qui ne sont pas parties à la CLaH70, si en dépit du fait qu'ils n'ont pas adhéré à la convention, les conditions d'une autorisation au sens de l'art. 17 CLaH70 sont réunies.

1 RS 0.274.12

2 RS 291

3 RS 0.274.132

4 Voir Convention Preuves de 1970, Guide de bonnes pratiques : Utilisation de la liaison vidéo ; Conférence de La Haye de droit international privé, pp. 39 ss.

5 RS 172.010.1

6 Voir JAAC 61.82.

1.3 Nécessité d'agir

Dans un monde en pleine révolution numérique, il est de plus en plus fréquent dans les procédures civiles transfrontalières que les parties, les témoins ou les experts soient interrogés au moyen d'outils électroniques. Ce procédé présente divers avantages par rapport aux interrogatoires menés en présentiel. Notamment, il accroît la propension à déposer comme témoin ou expert dans une procédure étrangère et simplifie l'exercice de leurs droits par les citoyens. Une mère vivant en Suisse qui engage une action en paternité aux États-Unis ne doit plus impérativement faire un voyage pénible et coûteux pour se rendre sur place. De plus, les interrogatoires menés par vidéoconférence limitent l'impact sur le climat. La pandémie de covid-19 a nettement accéléré le mouvement existant.

Le Parlement souhaite une simplification du recours aux moyens de communication électroniques tant à l'interne qu'à l'international. Il considère le régime en vigueur (voir le ch. 1.2), qui requiert une autorisation à chaque fois qu'une personne vivant en Suisse est interrogée par une autorité étrangère, comme trop laborieux.

La motion 20.4266 demande une adaptation de la déclaration de la Suisse relative à la CLaH70. Les délibérations parlementaires ont toutefois mis en évidence une volonté générale de simplifier le recours aux moyens de communication électroniques sur le principe, et également pour les procédures civiles transfrontalières. Ce régime plus libéral devrait s'appliquer dans les relations avec les États parties à la CLaH70, mais aussi avec les États tiers. Le fait d'interroger des personnes sur le territoire de la Suisse par le biais de moyens de communication électronique porte une atteinte relativement faible à sa souveraineté territoriale. Contrairement aux cas classiques visés par l'art. 17 CLaH70, il ne s'agit pas d'actes effectifs d'un État étranger sur le territoire suisse. Selon la pratique actuelle, la personne qui procède à l'interrogatoire par téléconférence ou vidéoconférence est réputée « se rendre » en Suisse. On pourrait tout aussi bien, en théorie, considérer que la personne à interroger participe à une audience dans l'État étranger considéré. Comme le montrent les explications ci-après, la protection de la personne à interroger peut être assurée également dans les rapports avec un État tiers, notamment pour ce qui est de l'absence de contrainte consacrée à l'art. 17 CLaH70.

1.4 Réglementation proposée

La motion exige l'adaptation de « la réserve formulée par la Suisse en lien avec la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ». Il découle du contexte qu'il s'agit de la déclaration n° 5 relative à la CLaH70, déjà évoquée au ch. 1.2, selon laquelle les actes d'obtention de preuves effectués en Suisse par le commissaire d'un tribunal civil étranger sont subordonnés à une autorisation préalable au cas par cas.

Une exemption de l'autorisation exigée pour les actes d'obtention de preuves effectués en Suisse, option prévue à l'art. 17, al. 2, CLaH70, s'impose pour mettre en œuvre de ce mandat. Elle sera limitée aux interrogatoires menés au moyen d'outils électroniques. C'est pourquoi l'avant-projet prévoit d'autoriser le Conseil fédéral à modifier la déclaration n° 5 en ce sens. L'exemption de l'autorisation sera toutefois subordonnée à des conditions visant à préserver la souveraineté de la Suisse et à assurer la protection de la personne concernée.

Ces conditions auront la teneur suivante : d'une part, la demande à l'OFJ par l'intermédiaire de l'autorité cantonale d'entraide judiciaire sera remplacée par une communication à ces deux autorités à la fois, étant entendu que cette communication devra pour l'essentiel contenir les mêmes indications à propos de la téléconférence ou vidéoconférence prévue qu'une demande d'autorisation au sens du droit en vigueur ; d'autre part, les conditions dont sont actuellement assorties les autorisations du DFJP seront maintenues sous une autre forme.

L'art. 17, al. 2, CLaH70 ne prévoit pas expressément d'exemption conditionnelle de l'autorisation. Le contexte rend toutefois une telle exemption admissible, d'une part parce qu'une exemption conditionnelle restreint moins les prérogatives des autres États parties que le maintien de l'exigence d'une autorisation et, d'autre part, parce que les art. 17, al. 1, let. b, et 19 CLaH70 permettent à l'autorité qui délivre les autorisations de les assortir de conditions, également s'il s'agit d'autorisations données « d'une manière générale ». Ce qui est admissible pour une autorisation générale doit aussi l'être pour une exemption de l'autorisation.

Comme l'indique le ch. 1.3, la nouvelle réglementation s'appliquera également aux interrogatoires menés dans le cadre de procédures civiles d'États tiers (qui ne sont pas parties à la CLaH70). On procède pour ce faire à des modifications des art. 11 s. LDIP, qui régissent l'entraide judiciaire en matière civile.

Lors de la consultation menée auprès des autorités centrales cantonales (voir le ch. 2 ci-après), un canton a objecté que les États tiers, du fait de la nouvelle réglementation, bénéficieraient de la simplification sans avoir à se plier aux autres règles relatives à l'obtention de preuves statuées par la convention. On peut rétorquer que les changements proposés ne sont pas voués à servir les intérêts des tribunaux étrangers, mais ceux de la population suisse et des entreprises qui sont domiciliées en Suisse. Par ailleurs, les simplifications proposées ne reposent pas sur la condition que l'État étranger concerné accorde la réciprocité. Les États tiers devront aussi respecter les règles consacrées par la déclaration n° 5 et la CLaH70 (voir le ch. 4) ; ils ne seront donc pas mieux lotis que les États parties à la CLaH70.

1.5 Relation avec le programme de la législature et avec le plan financier, ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

L'avant-projet n'est annoncé ni dans le message du 29 juin 2020⁷ ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020⁸ sur le programme de la législature 2019 à 2023. Il vise à mettre en œuvre la motion 20.4266.

1.6 Classement d'interventions parlementaires

Les modifications proposées donnent suite à la motion 20.4266 ; son classement sera donc proposé.

⁷ FF 2020 1709

⁸ FF 2020 8087

2 Consultation des autorités centrales cantonales

Les autorités centrales cantonales appliquant la CLaH70 (voir le ch. 1.2) ont été entendues sur la solution proposée (et sur une première version de l'avant-projet). Les 18 cantons qui se sont exprimés soutiennent l'approche choisie. Un canton rejette l'inclusion des États tiers (voir le ch. 1.4).

3 Comparaison avec le droit étranger

Dix⁹ des soixante-quatre États parties à la CLaH70 ont déclaré expressément à l'intention de la Conférence de La Haye de droit international privé qu'ils acceptaient les actes d'instruction au sens de l'art. 17 CLaH70 ou du moins les interrogatoires par vidéoconférence effectués par des tribunaux étrangers sans autorisation préalable. Quinze¹⁰ autres États contractants excluent le principe de l'obtention directe de preuves au sens de l'art. 17 CLaH70 sur leur territoire.

Le règlement européen sur l'obtention des preuves (ci-après « règlement européen »)¹¹, fortement inspiré de la CLaH70, s'applique entre les États membres de l'UE ; sa nouvelle mouture après révision est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2022¹². Selon son art. 19, l'obtention directe de preuves à l'étranger requiert une autorisation, sans dérogation possible pour les États membres, contrairement à ce que prévoit la CLaH70. L'« exécution directe de la mesure d'instruction en utilisant la vidéoconférence ou d'autres technologies de communication à distance » est évoquée à l'art. 20 à titre de possibilité et encouragée, conformément au considérant 21 : « Les technologies de communication modernes, par exemple la vidéoconférence, qui constitue un moyen important de simplifier et d'accélérer l'obtention des preuves, ne sont actuellement pas exploitées autant qu'elles le pourraient. Dans le cas où des preuves doivent être obtenues par l'audition d'une personne, telle qu'un témoin, une partie à la procédure ou un expert, présente sur le territoire d'un autre État membre, la juridiction requérante devrait obtenir lesdites preuves directement en utilisant la vidéoconférence ou d'autres technologies de communication à distance, lorsque la juridiction dispose de ces technologies et qu'elle considère l'utilisation de ces technologies comme étant appropriées au regard des circonstances spécifiques de l'affaire et du déroulement équitable de la procédure ». Les auteurs de doctrine sont partagés sur la question de savoir si cette forme d'obtention de preuves requiert une autorisation ou non.

4 Présentation du projet

L'avant-projet est un arrêté fédéral en deux parties : la première (art. 1) autorise une nouvelle mouture de la déclaration n° 5 de la Suisse sur la CLaH70 et la seconde (art. 2) comporte les modifications susmentionnées des art. 11 et 11a LDIP.

L'art. 1 autorise le Conseil fédéral à modifier la déclaration n° 5 de manière à ce qu'aucune autorisation préalable ne soit nécessaire pour interroger ou entendre une personne séjournant en Suisse, pour autant que des conditions spécifiques de préservation de la souveraineté de la Suisse et de protection de la personne concernée soient réunies. Il exige que les conditions figurent dans la déclaration.

Les modifications prévues à l'art. 2 de l'arrêté fédéral visent à étendre le recours simplifié à des moyens de communication électronique aux États qui ne sont pas parties à la CLaH70. On renvoie par analogie à l'art. 17 CLaH70 s'agissant de l'obtention directe de preuves en Suisse dans le cadre d'une procédure civile étrangère sous la forme d'un interrogatoire par téléconférence ou vidéoconférence. Les règles consacrées à cet article s'appliquent donc aussi bien aux États contractants qu'aux États tiers. Dans les relations avec les États contractants, la CLaH70 s'applique directement du fait de la réserve en faveur des traités internationaux énoncée à l'art. 1, al. 2, LDIP.

L'art. 11, al. 2, AP-LDIP englobe à la fois les interrogatoires menés par des commissaires à l'étranger et la participation à une audience à l'étranger. Cela s'explique d'une part par l'absence de différence, pour la souveraineté de la Suisse et la protection de la personne concernée, entre le fait que celle-ci soit interrogée par un commissaire désigné par un tribunal ou par le tribunal lui-même. D'autre part, il convient de mentionner expressément la participation à une audience en raison du fait qu'elle peut aller plus loin qu'un simple interrogatoire. À titre d'exemple, la participation peut englober l'obtention de preuves, mais aussi le dépôt des requêtes et arguments des parties, ou avoir pour but de garantir le droit d'être entendu. Or la pratique analyse également les audiences de ce type comme des actes de puissance publique. Il paraît cohérent de garantir une simplification également dans ces cas. C'est pourquoi l'art. 1 de l'arrêté fédéral utilise les termes « interroger ou entendre ».

5 Mise en œuvre de l'art. 1 de l'arrêté fédéral

5.1 Nouvelle déclaration n° 5

Le Conseil fédéral a l'intention de modifier la déclaration n° 5 comme suit.

5. Ad art. 15, 16 et 17

¹ Conformément à l'art. 35, la Suisse déclare que l'obtention des preuves selon les art. 15, 16 et 17 est subordonnée à une autorisation préalable du Département fédéral de justice et police. L'al. 3 est réservé. La demande d'autorisation doit

⁹ Australie (pour certains de ses États), Chine (pour Hong Kong), Chypre, Espagne, États-Unis, Finlande, Kazakhstan, Malte, Singapour et Royaume-Uni.

¹⁰ Dont 5 États européens (Bulgarie, Pologne, Portugal, Roumanie et Ukraine).

¹¹ Règlement (UE) 2020/1783 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (obtention des preuves), JO L 405 du 2.12.2020, p. 1.

¹² La version précédente du règlement s'intitulait « règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (JO L 174 du 2.12.2020, p. 1) ».

être adressée à l'Office fédéral de la justice (OFJ). Une copie de ladite demande doit être transmise à l'autorité centrale du canton où aura lieu l'acte d'instruction.

² Le commissaire au sens de l'art. 17 peut procéder lui-même à l'obtention des preuves ou seulement la superviser. Il veille au respect des dispositions de la Convention et, selon le cas, des conditions dont est assortie l'autorisation ou des conditions énumérées à l'al. 3. Il peut au besoin se faire représenter. Le tribunal peut désigner plusieurs commissaires.

³ Une personne séjournant en Suisse peut sans autorisation préalable être interrogée par un commissaire se trouvant à l'étranger ou participer à une audience à l'étranger par téléconférence ou vidéoconférence ou par tout autre moyen électronique de transmission du son ou de l'image, si les conditions suivantes sont réunies :

- a. L'heure et la date de la téléconférence ou vidéoconférence sont communiquées en temps utile à l'OFJ et à l'autorité centrale du canton sur le territoire duquel la personne concernée séjournera au moment de la conférence (art. 19).
- b. La communication comporte les indications suivantes :
 - désignation et n° de référence de l'affaire,
 - désignation du tribunal compétent,
 - noms et adresses des parties et de leurs représentants (y compris les éventuels représentants dans l'État requis),
 - nom et adresse de la personne concernée,
 - noms et fonctions des autres personnes participant à la téléconférence ou vidéoconférence,
 - nature et objet de l'affaire et sujet de la téléconférence ou vidéoconférence.
- c. Si le tribunal a désigné un commissaire, une copie du prononcé est jointe à la communication.
- d. Les autorités peuvent exiger des informations supplémentaires.
- e. À sa demande, l'autorité centrale cantonale peut participer à la téléconférence ou vidéoconférence (art. 19).
- f. 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.
- g. La personne concernée peut en tout temps retirer son consentement.
- h. Les règles des art. 20 et 21 doivent être respectées.
- i. La personne concernée a le droit d'être interrogée et de s'exprimer dans sa langue maternelle.
- j. Les dispositions du droit pénal suisse sur les obligations de secret, en particulier l'art. 273 du code pénal, doivent être respectées.

⁴ Les demandes au sens de l'al. 1 et les communications au sens de l'al. 3 peuvent être adressées à l'OFJ sous forme électronique. Elles doivent être rédigées dans une langue officielle du canton concerné ou accompagnées d'une traduction.

5.2 Commentaire par alinéa

Remarques liminaires

La déclaration n° 5, qui ne comporte actuellement qu'un seul alinéa, en comptera quatre. L'al. 1 correspond au texte de la déclaration actuelle, à cela près qu'il règle plus clairement les compétences internes en matière d'octroi des autorisations. L'al. 2 fait état de précisions qui, en partie, figurent actuellement dans les conditions des décisions d'autorisation. L'al. 3 consacre de nouvelles règles spéciales pour l'obtention de preuves par téléconférence ou vidéoconférence. L'al. 4 est consacré aux aspects formels des demandes et communications au sens des al. 1 et 3. Les règles spéciales applicables aux interrogatoires menés par téléconférence ou vidéoconférence consistent en une exemption de l'autorisation en application de l'art. 17, par. 2, CLaH70 (voir le ch. 1.4).

Déclaration n° 5, al. 1

L'al. 1 se fonde sur l'actuelle déclaration n° 5. Les nouveautés sur le plan du contenu consistent dans la réserve en faveur des interrogatoires ou auditions par téléconférence ou vidéoconférence, réglés à l'al. 3, et dans la clarification des règles de procédure. Le texte actuel de la déclaration n° 5 prévoit que les demandes d'autorisations au sens des art. 15 ss CLaH70 doivent être adressées à l'autorité centrale du canton où aura lieu l'acte d'instruction. Cette règle, élaborée du temps où les cantons étaient encore compétents en matière de procédure civile, soulève des questions relatives à la répartition des rôles. Le texte est modifié de manière à ce que la demande soit adressée à l'OFJ et à ce que l'autorité centrale cantonale en reçoive une copie. Celle-ci pourra de la sorte faire ses remarques concernant la demande. On établit par ailleurs clairement le fait que la compétence en matière d'octroi d'autorisations relève entièrement du DFJP, comme il découle de l'art. 31 OLOGA, adopté après le dépôt de la déclaration n° 5. Les autorisations délivrées en vertu du chap. II de la CLaH70 constituent, comme cela a été dit, des autorisations au sens de l'art. 271 CP. Les autorités centrales cantonales qui se sont exprimées dans le cadre de la consultation évoquée au ch. 2 se sont ralliées sans exception à cette modification. Six d'entre elles s'en sont félicitées. Une autorité centrale souhaiterait une modification encore plus poussée, d'après laquelle les cantons ne seraient plus du tout impliqués dans les procédures au sens des al. 1 et 3.

Déclaration n° 5, al. 2

L'al. 2 comporte des précisions qui, dans la pratique actuelle, figurent en partie dans les conditions des décisions d'autorisations. Il indique notamment que les commissaires peuvent se faire représenter s'ils sont empêchés. Une telle représentation ne remet nullement en question les autres prérogatives et obligations du commissaire, que son représentant doit assumer à sa place.

Déclaration n° 5, al. 3

L'al. 3 régit l'exemption de l'autorisation mentionnée à l'al. 1 (en relation avec l'art. 17 CLaH70) s'agissant des interrogatoires ou de la participation à des audiences auprès de tribunaux étrangers par téléconférence ou vidéoconférence. Cette exemption est subordonnée à une série de conditions qui proviennent de la pratique en vigueur. En cas de non-respect, l'interrogatoire ou l'audition d'une personne se trouvant en Suisse dans le cadre d'une procédure civile étrangère constitue un acte exécuté sans droit pour un État étranger, au sens de l'art. 271 CP.

La réglementation s'applique dans les cas où la personne concernée séjourne en Suisse pendant la téléconférence ou vidéoconférence. Elle ne prévoit pas que celle-ci doive se rendre dans un lieu particulier (par exemple les locaux d'un tribunal civil) pour les besoins de la conférence. Selon les termes de la réglementation, la personne qui mène l'interrogatoire ou le tribunal qui procède à l'audition doit en revanche se trouver à l'étranger au moment où la conférence a lieu.

La première et la cinquième conditions (let. a et e) figurant à l'al. 3 se réfèrent à l'art. 19 CLaH70, qui permet à un représentant de l'autorité qui délivre les autorisations d'« être présent à l'acte d'instruction », et ce également si les autorisations sont délivrées « d'une manière générale » (art. 17, al. 1, let. a, CLaH70). Les États contractants doivent continuer de jouir de cette prérogative même en cas d'exemption de l'autorisation. Il ne semble pas problématique qu'elle ne soit pas exercée par l'OFJ lui-même en tant qu'autorité qui délivre les autorisations, mais par l'autorité cantonale associée à l'affaire, car l'organisation interne des autorités relève des États contractants. Une éventuelle participation de l'autorité centrale cantonale à la téléconférence ou vidéoconférence servira en premier lieu à garantir le respect des règles de protection de la personne concernée et des obligations de maintien du secret statuées par le droit suisse.

La let. a prévoit que l'OFJ et l'autorité centrale cantonale seront informés qu'une téléconférence ou vidéoconférence doit avoir lieu, à quelle heure et à quelle date. Peu importe qui fournit ces informations ; ce peut être la personne concernée. La communication devra intervenir « en temps utile ». Cette notion provient de l'art. 19 CLaH70 et doit être comprise au sens de cette disposition. Il s'impose de donner suffisamment de temps à l'autorité centrale cantonale pour qu'elle soit en mesure de participer à la téléconférence ou vidéoconférence si elle le souhaite.

La let. b comporte une liste des indications relatives à la procédure civile étrangère et à la téléconférence ou vidéoconférence prévue et qui doivent figurer dans la communication aux autorités. Selon la let. c, si le tribunal étranger a désigné un commissaire, il faudra joindre une copie du prononcé à la communication. La let. d précise que les autorités peuvent exiger des informations supplémentaires, par exemple sur les modalités techniques de la téléconférence ou vidéoconférence.

La fourniture des indications énumérées permettra à la Suisse de garder le contrôle sur les actes de puissance publique qui ont des implications sur son territoire et à l'autorité centrale cantonale de décider si elle souhaite prendre part à la téléconférence ou vidéoconférence.

L'OFJ ou l'autorité centrale cantonale peuvent être invités à apprécier de manière informelle si les informations et documents qui leur ont été fournis suffisent à remplir les exigences de la déclaration n° 5. Les tribunaux chargés d'une éventuelle procédure pénale au sens de l'art. 271 CP ne seront toutefois pas liés par une telle appréciation. L'OFJ et l'autorité centrale cantonale ne sont pas habilités à émettre une décision formelle en constatation. Lorsqu'une autorité constate que des informations ou documents font défaut, elle est libre de le faire savoir à l'auteur de la notification.

La let. f, qui exige une déclaration écrite de la personne concernée par laquelle celle-ci reconnaît avoir pris connaissance des règles définies et consent à participer à la téléconférence ou vidéoconférence va au-delà de la pratique actuelle. Elle vise à assurer le maintien du niveau de protection actuel de la personne concernée. Dans le droit en vigueur, les décisions d'autorisation indiquent à la personne concernée les droits dont elle dispose. Si l'autorisation disparaît, il faudra lui fournir ces renseignements juridiques sous une autre forme. La personne concernée pourra retirer son consentement ultérieurement (let. g).

Les droits procéduraux de la personne concernée découlent principalement des let. g à i, lesquelles renvoient notamment aux art. 20 s. CLaH70. L'art. 21 CLaH70 comporte pour sa part un renvoi à l'art. 11 CLaH70, qui règle la dispense de déposer de la personne concernée. La let. j mentionne que les obligations de secret du droit suisse doivent en tous les cas être respectées.

Déclaration n° 5, al. 4

À la demande de diverses autorités centrales cantonales (voir le ch. 2), l'al. 4 indique que les demandes d'autorisation au sens de l'al. 1 et les communications au sens de l'al. 3 peuvent être adressées à l'OFJ sous forme électronique, par exemple par e-mail. La deuxième phrase précise qu'elles doivent être rédigées dans une langue officielle du canton où aura lieu l'acte d'instruction (ou être accompagnées d'une traduction dans cette langue). Dans le cas visé à l'al. 3, il s'agira du canton dans lequel la personne concernée séjournera au moment de la téléconférence ou vidéoconférence. Contrairement à la déclaration de la Suisse relative à l'art. 4 CLaH70 (déclaration n° 3), les demandes et les notifications ne devront pas impérativement être rédigées dans la langue de la partie du canton concernée. Il en est ainsi d'une part parce qu'elles ne sont pas adressées à une autorité de district (contrairement aux cas visés dans la déclaration n° 3), mais à une autorité fédérale et à une autorité centrale cantonale. D'autre part, le lieu est plus difficile à déterminer dans les cas visés que dans les demandes d'entraide au sens du chap. I de la CLaH70.

6 Commentaire des dispositions de la LDIP

Art. 11, al. 1, AP-LDIP

Dans le cas particulier des téléconférences et vidéoconférences, la nouvelle réglementation vise une exception au principe selon lequel les autorités étrangères doivent passer par la voie de l'entraide judiciaire pour effectuer des actes de puissance publique sur le territoire suisse (voir ci-dessous concernant l'al. 2). Ce principe, qui découle de l'acception suisse de la souveraineté, n'est pour l'instant codifié nulle part sous une forme générale. Le nouvel al. 1 comble cette lacune.

Les actes de puissance publique les plus fréquemment effectués en Suisse dans le cadre de procédures civiles étrangères sont les notifications et les mesures d'obtention de preuves telles qu'auditions de témoins, des parties et d'experts, demandes de production de titres ou inspections par des représentants du tribunal ou des experts. Les notifications et les actes d'obtention de preuves sont aussi l'objet de divers accords multilatéraux et bilatéraux, dont la CLaH54 et la CLaH70. D'autres actes de puissance publique sont néanmoins envisageables sur le territoire suisse, tels que l'audition formelle d'une personne à d'autres fins que l'obtention de preuves. Le nouvel al. 1 couvre également ces actes.

Le renvoi à la voie de l'entraide judiciaire signifie qu'un tribunal étranger, ou une personne par lui mandatée, ne peut effectuer des actes sur le territoire suisse que par l'intermédiaire d'une autorité suisse. Les conditions et les modalités d'octroi de l'entraide judiciaire sont réglées dans les traités internationaux susmentionnés. En l'absence de traité applicable, le tribunal étranger devrait adresser une demande à la Suisse par la voie diplomatique, démarche à la fois compliquée et désuète. Le droit en vigueur prévoit dès lors déjà, à défaut de traité, que les règles de la CLaH54 s'appliquent par analogie (art. 11a, al. 4, LDIP). La nouvelle structure de l'art. 11 LDIP nécessite que le renvoi à la CLaH54 figure également à l'art. 11, al. 1. L'art. 11 AP-LDIP règle dès lors la nécessité de passer par l'entraide judiciaire et l'octroi de celle-ci, tandis que l'art. 11a AP-LDIP porte sur l'exécution des actes d'entraide judiciaire en Suisse. Le déplacement du renvoi ne modifie en rien la situation juridique.

Le renvoi à la CLaH54 sera limité aux chap. I et II, qui régissent l'entraide judiciaire au sens de l'art. 11, al. 1, 1^{re} phrase, AP-LDIP. De fait, cette restriction s'applique déjà largement dans le droit en vigueur, car les chapitres suivants, c'est-à-dire le chap. III (caution « *judicatum solvi* ») et le chap. IV (assistance judiciaire gratuite) sont principalement couverts par les art. 11b et 11c LDIP.

La nouvelle version du renvoi à la CLaH54 clarifie le fait qu'il ne s'agit que d'actes effectués en Suisse. En l'absence de règle figurant dans une convention internationale, c'est le droit national de l'État concerné qui détermine dans quels cas un tribunal suisse doit passer par la voie de l'entraide judiciaire et selon quelles modalités. Rien ne change sur le plan matériel.

Art. 11, al. 2

L'al. 2 consacre une exception à l'al. 1 en cas de recours à des moyens de communication électronique. Il y a deux cas de figure dans lesquels il ne s'impose pas de passer par la voie de l'entraide judiciaire : lorsqu'une personne séjournant en Suisse 1) doit participer à une procédure civile à l'étranger et 2) doit être interrogée par une personne qui y est habilitée par un tribunal étranger.

La 2^e phrase renvoie par analogie à la CLaH70. L'exception au principe de l'entraide judiciaire statuée dans la première phrase est par conséquent soumise aux conditions prescrites dans la CLaH70 et dans les déclarations faites par la Suisse en rapport avec cette convention, notamment la déclaration n° 5. Il en résulte que le régime applicable sera le même avec les États parties à la CLaH70 qu'avec les États tiers : ces derniers pourront mener des auditions ou des interrogatoires par téléconférence ou vidéoconférence sans autorisation préalable, tout comme les États contractants selon la nouvelle règle applicable.

Art. 11, al. 3

Le texte de l'al. 3 provient de l'art. 11 LDIP, à l'exception de la nouvelle partie de phrase « Sauf disposition contraire du droit fédéral ». Dans la version française, on adapte également la proposition principale, car la teneur actuelle (« sont traitées », ce qui suggère le traitement de tous les dossiers, alors que les versions allemande et italienne se limitent correctement au rôle d'intermédiaire) était interprétée de manière erronée dans la doctrine.

La nouvelle partie de phrase donne à comprendre que l'al. 3 a un caractère subsidiaire. Elle permet en outre de fonder plus soigneusement en droit la situation actuelle. Les dispositions de la LDIP sont régulièrement présumées remplacer des dispositions plus anciennes sur le même sujet. Or, selon la doctrine dominante, l'art. 11 LDIP dans la version entrée en vigueur en 2011 ne modifie en rien la déclaration faite par le Conseil fédéral en 1994 lors de l'adhésion à la CLaH70 et à la Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (CLaH65)¹³, déclaration selon laquelle les autorités centrales chargées de l'exécution de la convention sont cantonales.

7 Conséquences

7.1 Conséquences pour la Confédération

La réglementation proposée ne fonde pas de nouvelles tâches de la Confédération. Le remaniement des compétences à l'al. 1 de la déclaration n° 5 permettra à l'autorité fédérale compétente d'accomplir ses tâches de manière plus efficace.

La suppression des autorisations au cas par cas permettra en outre d'éviter de nombreuses procédures.

7.2 Conséquences pour les cantons

L'avant-projet ne prévoit pas de nouvelles tâches pour les cantons. Le remaniement des compétences à l'al. 1 de la déclaration n° 5 permettra même de décharger les cantons.

Le fait que l'on puisse éviter des procédures aura des conséquences positives en termes de charge de travail pour les autorités cantonales d'entraide judiciaire.

¹³ RS 0.274.131

8 Aspects juridiques

8.1 Constitutionnalité

L'art. 1 de l'avant-projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.¹⁴), qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. L'art. 184, al. 2, Cst. habilite le Conseil fédéral à signer les traités et à les ratifier. Aux termes de l'art. 166, al. 2, Cst., c'est à l'Assemblée fédérale qu'il revient d'approuver les traités internationaux, à l'exception de ceux dont la conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral (art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]¹⁵ ; art. 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]¹⁶). Les dispositions relatives à la compétence de conclure des traités s'appliquent par analogie aux déclarations et réserves unilatérales relatives aux traités internationaux.

Il s'agit d'une modification unilatérale des obligations internationales de la Suisse en vertu de la CLaH70, à laquelle le Conseil fédéral ne pourrait procéder seul que si elle était de portée mineure (application par analogie de l'art. 7a, al. 2, 2^e phrase, LOGA). Or ce n'est pas le cas puisque la déclaration n° 5 vise la souveraineté de la Suisse et les droits de personnes et contient ainsi des dispositions importantes qui fixent des règles de droit au sens de l'art. 22 LParl. Seuls les détails de la nouvelle réglementation sont de portée mineure. L'avant-projet prévoit par conséquent que l'Assemblée fédérale autorise le Conseil fédéral à modifier la déclaration et prescrive les contenus essentiels de sa nouvelle mouture.

L'arrêté fédéral par lequel la CLaH70 a été approuvée¹⁷ ne mentionnait pas expressément la déclaration n° 5. Toutefois, le message qui l'accompagnait¹⁸ comportait le texte de toutes les déclarations de la Suisse relatives aux conventions concernées. L'approbation porte donc également sur le texte des déclarations, ou du moins sur leur contenu.

L'art. 2 de l'avant-projet prévoit des adaptations de la LDIP, laquelle se fonde sur les art. 54 et 122 Cst. (compétence de la Confédération dans les affaires étrangères et concernant la législation en matière de droit civil)¹⁹. C'est à l'Assemblée fédérale qu'il revient d'édicter les dispositions importantes qui fixent des règles de droit (art. 164, al. 1, Cst.).

8.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Il s'agit en l'espèce de l'adaptation d'une déclaration relative aux art. 15, 16 et 17 CLaH70. Conformément à l'art. 34 CLaH70, tout État peut « à tout moment retirer ou modifier une déclaration ».

Les modifications proposées n'ont pas de conséquences sur d'autres obligations internationales de la Suisse.

8.3 Forme de l'acte à adopter

L'approbation de l'Assemblée fédérale porte sur la modification d'une déclaration relative à un traité international. Elle prendra la forme d'un arrêté fédéral, en application par analogie de l'art. 24, al. 3, LParl. La forme de l'arrêté simple ne convient pas, car la modification en question porte sur des dispositions importantes qui fixent des règles de droit (voir le ch. 7.1), lesquelles sont sujettes au référendum (art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.).

Les modifications prévues dans la LDIP, étroitement liées à celles de la déclaration n° 5, sont intégrées à l'arrêté fédéral, en application par analogie de l'art. 141a, al. 2, Cst.

8.4 Frein aux dépenses

L'avant-projet ne comporte pas de nouvelles dispositions relatives aux subventions ni ne fonde de nouveaux crédits d'engagement ou de plafonds de dépenses.

8.5 Délégation de compétences législatives

L'avant-projet ne délègue pas de compétences législatives.

8.6 Protection des données

L'avant-projet ne soulève pas de questions en rapport avec la protection des données.

¹⁴ RS 101

¹⁵ RS 171.10

¹⁶ RS 172.10

¹⁷ Arrêté fédéral du 9 juin 1994 concernant trois conventions de La Haye et un Accord européen relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile ou commerciale (BO 1994 2807)

¹⁸ Message du 8 septembre 1993 concernant la ratification de quatre instruments internationaux relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, FF 1993 III 1185

¹⁹ Plus précisément sur les dispositions en la matière qui figuraient dans l'ancienne Constitution du 29 mai 1874.