



16. April 2020

Erläuterungen

zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus

(COVID-19-Verordnung Justiz und
Verfahrensrecht) vom 16. April 2020

1 Einleitung

Eine funktionsfähige Justiz ist für den Rechtsstaat unabdingbar und damit systemrelevant. Das gilt umso mehr in einer Krise wie der derzeitigen ausserordentlichen Lage. Auch jetzt hat die Justiz den Auftrag und die Verantwortung, ihre Funktion soweit irgend möglich wahrzunehmen: Verfahren und Prozesse mit allen Verfahrensschritten wie Eingaben, Einvernahmen, Beweiserhebungen, Verhandlungen, Entscheiden und Rechtsmitteln sollen eingeleitet, durchgeführt und abgeschlossen werden können. Es ist auch jetzt unverzichtbar, dass im Streitfall auf eine funktionsfähige Justiz zurückgegriffen werden kann und Streitigkeiten, die nicht einvernehmlich gelöst werden, möglichst rasch behördlich oder gerichtlich entschieden werden.

Notrechtliche Massnahmen und Eingriffe in die Justiz müssen daher über die allgemeinen einschränkenden Voraussetzungen hinaus stets auf die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Justiz gerichtet sein. Am 20. März 2020 hat der Bundesrat daher als Sofortmassnahme beschlossen, dass in Zivil- und Verwaltungsverfahren die Gerichtsferien bereits am 21. März 2020 beginnen und damit ausnahmsweise verlängert werden.¹ Demgegenüber hat er auf weitergehende Massnahmen wie einen umfassenden Rechts- oder Fristenstillstand bewusst verzichtet, weil ein Stillstand der Justiz unter allen Umständen zu vermeiden ist.

Im Rahmen dieser Notverordnung werden für eine bestimmte Zeit (vgl. Art. 10) punktuelle Anpassungen am geltenden Recht getroffen, welche die Funktionsfähigkeit der Justiz nach dem 19. April 2020 gewährleisten beziehungsweise verbessern sollen. Als Grundsatz gilt für sämtliche Gerichte und anderen Behörden und damit in allen Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren, dass laufende Verfahren nach Massgabe des anwendbaren Verfahrensrechts weitergeführt und daher insbesondere auch Verhandlungen und Einvernahmen durchgeführt werden sollen. Selbstverständlich sind bei allen Verfahrenshandlungen die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und soziale Distanz ("BAG-Empfehlungen") einzuhalten (vgl. Art. 1). Soweit in Zivilverfahren Verhandlungen nicht durchgeführt werden können, sind zudem Regelungen für den Einsatz von Video- und Telefonkonferenz-Lösungen sowie den ausnahmsweisen Verzicht auf eine Verhandlung zu treffen (vgl. Art. 2–6). Dies dient der Rechtssicherheit und der mittel- und längerfristigen Funktionsfähigkeit, insbesondere auch in eherechtlichen Verfahren sowie im Kindes- und Erwachsenenschutz. Zusätzlich ist für das Betreibungsverfahren eine notrechtliche Regelung für die Zustellung notwendig; angesichts der Anzahl und der Bedeutung dieser Zustellungen, die in den kommenden Wochen und Monaten krisenbedingt noch stark zunehmen dürften, ist in diesem Bereich eine notrechtliche Sonderregelung unabdingbar, um die Funktionsfähigkeit weiter gewährleisten zu können (vgl. Art. 7 f.). Sodann ist notrechtlich die Zulässigkeit einer Versteigerung über Online-Versteigerungsplattformen zu regeln (vgl. Art. 9).

Demgegenüber ist zum heutigen Zeitpunkt auf besondere Massnahmen im Verwaltungs- und Strafverfahrensrecht zu verzichten:

- Im Verwaltungsverfahren des Bundes ist der Einsatz von Video- und Telefonkonferenz-Lösungen mit gewissen Einschränkungen schon heute möglich. Grundsätzlich sind die Auskünfte von Parteien oder von Dritten schriftlich einzuholen. Werden Auskunftspersonen zu wichtigen tatbeständlichen Fragen mündlich, z.B. per Video- oder Telefonkonferenz, befragt, ist darüber als formelle Einvernahme ein Protokoll aufzunehmen. Zeugen-einvernahmen dürfen dagegen nach der Lehre nicht per Video- oder Telefonkonferenz

¹ Verordnung vom 20. März 2020 über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19); SR **173.110.4**.

vorgenommen werden (vgl. Art. 18 Abs. 1 VwVG); sie sind aber so selten, dass eine Sonderregel nicht notwendig ist: Eine Einvernahme unter Einhaltung der BAG-Empfehlungen (vgl. Art. 1) genügt. Das praktische Hauptproblem wird die Durchführung von Augenscheinen (Art. 12 Bst. d VwVG) unter Einhaltung der BAG-Empfehlungen sein; technische Mittel wie Video- oder Telefonkonferenz-Lösungen kommen als Ersatz aber nicht in Betracht. In kantonalen Verwaltungsverfahren sind die Kantone für die Regelung des Einsatzes von Video- und Telefonkonferenz-Lösungen zuständig.

- Im Strafverfahren können die Staatsanwaltschaft und die Gerichte nach geltendem Recht Einvernahmen mittels Videokonferenz durchführen (Art. 144 StPO). Die Strafprozessordnung enthält dagegen keine Regelung, welche die Durchführung ganzer Verhandlungen via Videokonferenz vorsehen würde. Auf die notrechtliche Einführung einer solchen ist angesichts der sich stellenden heiklen Punkte zu verzichten (zu nennen sind insbesondere der Grundsatz der Publikumsöffentlichkeit von Verhandlungen, die Bedeutung der Unmittelbarkeit von Verhandlungen für die Beweiswürdigung, die Gefahr der Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung durch unzulässige Veröffentlichung von Verfahrenshandlungen [Datensicherheit und Durchsetzung des Verbots von Bild- und Tonaufnahmen], aber auch praktische Schwierigkeiten wie das Ermöglichen von Massnahmen gegen renitente Verfahrensbeteiligte, oder die Sicherstellung der Übersetzung für mehrere Verfahrensbeteiligte unterschiedlicher Sprachen).

2 Erläuterungen der einzelnen Artikel

2.1 Präambel

Der Bundesrat hat am 16. März 2020 die Situation in der Schweiz als «ausserordentliche Lage» gemäss Art. 7 des Epidemiengesetzes² vom 28. September 2012 (EpG; SR 818.101) eingestuft. Gestützt auf diese Gesetzesbestimmung kann der Bundesrat, wenn es die ausserordentliche Lage erfordert, für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen. Solche epidemienrechtlich motivierte «Primärmassnahmen» hat der Bundesrat in der am 13. März 2020 erlassenen und seither bereits wiederholt ergänzten COVID-19-Verordnung³ vorgesehen. Artikel 1 ist eine solche Primärmassnahme. Weil sich aber eine Trennung von den übrigen prozessrechtlichen Bestimmungen dieser Verordnung nicht rechtfertigt, wird sie nicht in die COVID-19-Verordnung 2 integriert. Die Verordnung enthält vor allem Massnahmen, die eine Abfederung der epidemienrechtlichen Massnahmen bezwecken. Solche «Sekundärmassnahmen» in der Form bundesrätlichen Verordnungsrechts stützen sich soweit möglich auf formellgesetzliche Delegationsnormen und gesetzliche Aufträge an den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen. Wo solche nicht bestehen oder nicht ausreichen, stützt sich die bundesrätliche Verordnungskompetenz auf Artikel 185 Absatz 3 der Bundesverfassung (evtl. auch auf Art. 184 Abs. 3 BV), wenn die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen (insbesondere der zeitlichen und sachlichen Dringlichkeit) erfüllt sind. Das ist bei den Artikeln 2-8 der Fall. Weil sich die Verordnung hauptsächlich auf Artikel 185 Absatz 3 BV stützt, wird nur diese als Grundlage erwähnt.

2.2 Präventionsmassnahmen bei Verhandlungen und Einvernahmen

Art. 1

Zu einer funktionsfähigen Justiz gehört, dass Verfahrenshandlungen und damit insbesondere behördliche und gerichtliche Verhandlungen und Einvernahmen durchgeführt werden. Dies

² Epidemiengesetzes vom 28. September 2012 (EpG; SR 818.101).

³ SR 818.101.24.

gilt weiterhin und grundsätzlich für sämtliche Verfahren. Entsprechend sind Gerichte und andere Behörden gehalten, Einvernahmen und Verhandlungen gemäss dem anwendbaren Verfahrensrecht durchzuführen. Seit dem 16. März 2020 teilweise beschlossene generelle oder weitgehende Verhandlungsstopps können nur eine vorübergehende Ausnahme sein und das gilt jedenfalls nach Ende der Gerichtsferien ab dem 20. April 2020. Zu einem funktionierenden Justizbetrieb gehört auch ein funktionierender Verhandlungsbetrieb, soweit behördliche und gerichtliche Verhandlungen und Einvernahmen vorgesehen sind. Soweit es um Verfahren nach kantonalem Recht geht, bleiben die Kantone für Regelungen über Durchführung von Prozess- und Verfahrenshandlungen zuständig.

Artikel 1 hält dazu präzisierend fest, dass bei der Durchführung von Verfahrenshandlungen mit Teilnahme von Parteien, Zeuginnen und Zeugen oder Dritten und damit insbesondere bei Verhandlungen und Einvernahmen die BAG-Empfehlungen einzuhalten sind. Dies ist aus epidemiologischer Hinsicht derzeit zwingend notwendig und gilt für alle Rechtsbereiche und damit alle Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren aller Stufen gleichermassen. Die Regelung richtet sich somit an die Gerichte und Behörden des Bundes und der Kantone, aber auch an die Parteien und ihre Rechtsvertreter und die Anwaltschaft gleichermassen. Die BAG-Empfehlungen sind insbesondere bei der Organisation von Verhandlungen und Einvernahmen und insbesondere der Auswahl der Räumlichkeiten zu beachten. Behördliche oder gerichtliche Einvernahmen oder Verhandlungen fallen weder unter das Veranstaltungs- noch das Versammlungsverbot gemäss COVID-19-Verordnung ²⁴, aber die Anzahl der anwesenden Personen ist auf das Minimum zu reduzieren beziehungsweise zu limitieren, und Menschenansammlungen sind zu verhindern. Selbstverständlich ist auch der Schutz besonders gefährdeter Personen sicherzustellen. Die BAG-Empfehlungen sind auch im Verhältnis zwischen Parteien und ihren Rechtsvertretern bestmöglich einzuhalten. Unter Einhaltung der BAG-Empfehlungen können und sollen Verfahrenshandlungen und damit insbesondere Verhandlungen auch in der derzeitigen ausserordentlichen Lage durchgeführt werden.

2.3 Zivilverfahren (Art. 2–6)

Art. 2 Einsatz von Videokonferenzen

Ist die Durchführung einer Verhandlung mit gleichzeitiger physischer Anwesenheit des Gerichts und der Parteien unter Einhaltung der BAG-Empfehlungen im Einzelfall nicht möglich, so können heute Videokonferenzen eingesetzt werden. Dies gilt auch im Justizbetrieb und wird heute bereits von verschiedenen Behörden und Gerichten genutzt, weil das geltende Recht dies jedenfalls im Zivil- und Verwaltungsverfahren grundsätzlich nach Ansicht des Bundesrats auch zulässt. Notrechtlich ist jedoch klarstellend und präzisierend festzuhalten, unter *welchen Bedingungen* der Einsatz von Videokonferenz-Lösungen in Zivilverfahren ausnahmsweise vom Gericht eingesetzt und auch *angeordnet* werden kann. Eine solche Regelung sorgt für eine schweizweit einheitliche Regelung und sorgt bei allen Betroffenen gleichsam für Rechtssicherheit. Rechtsvergleichend ist anzufügen, dass derzeit in einer Vielzahl von Ländern entsprechende Anpassungen bis zu den höchsten Gerichten zu beobachten sind,⁵ soweit nicht bereits das geltende Gesetzesrecht solche Regelungen enthält.⁶ Angesichts der heute verfügbaren Systeme und Lösungen können alternativ zu einer normalen

⁴ Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2); SR **818.101.24**.

⁵ Vgl. z.B. die Informationen des englischen HM Courts & Tribunals Service unter <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-telephone-and-video-hearings-during-coronavirus-outbreak> oder UK Supreme Courts unter <https://www.supremecourt.uk/news/arrangements-during-the-coronavirus-pandemic.html>. Entsprechende Anpassungen sind auch für die Gerichte in Singapur oder auch in den USA bekannt.

⁶ Vgl. z.B. § 128a der deutschen ZPO betreffend "Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung".

Verhandlung Videokonferenzen eingesetzt werden; demgegenüber kommen Telefonkonferenzen nur beschränkt für eherechtliche Verfahren sowie im Kindes- und Erwachsenenschutz in Betracht (vgl. dazu Art. 3 und 5).

Absatz 1 hält fest, dass der Einsatz von Videokonferenz-Lösungen für Verhandlungen auch notrechtlich die Ausnahme darstellt und grundsätzlich das Einverständnis der Parteien voraussetzt. Davon kann im Einzelfall abgesehen werden, wenn wichtige Gründe vorliegen, insbesondere bei Dringlichkeit. Wichtig kann auch die Sicherstellung einer beförderlichen Rechtspflege sein (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV⁷). Auch eine Schlichtungsverhandlung kann ausnahmsweise mittels Videokonferenz durchgeführt werden, wenn die Parteien damit einverstanden sind oder im Einzelfall wichtige Gründe dafür sprechen. Bei seinem Entscheid hat das zuständige Gericht insbesondere auch die technischen Möglichkeiten der Parteien zu berücksichtigen und den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren. Die weiteren Voraussetzungen für den Einsatz von Videokonferenzen werden in Artikel 4 geregelt.

Absatz 2 regelt den Einsatz von Videokonferenzen bei Zeugeneinvernahmen und der Erstattung von Gutachten. Dafür ist kein Einverständnis der Parteien oder der einvernommenen Person notwendig. Er nimmt damit notrechtlich einen Vorschlag des Bundesrats in der laufenden ZPO-Revision auf.⁸

Nach *Absatz 3* kann die Öffentlichkeit bei Videokonferenzen in Abweichung von Artikel 54 ZPO mit Ausnahme der akkreditierten Medienschaffenden ausgeschlossen werden. Diese Einschränkungsmöglichkeit rechtfertigt sich im öffentlichen Interesse an der Gewährleistung eines Verhandlungsbetriebs mittels Videokonferenz und damit einer beförderlichen Justiz sowie zum Schutz der Parteien (vgl. auch Art. 54 Abs. 3 ZPO).

Art. 3 Einsatz von Video- oder Telefonkonferenzen in eherechtlichen Verfahren

Den Besonderheiten der eherechtlichen Verfahren ist insofern Rechnung zu tragen, als dass sich für diese Verfahren eine Sonderregelung rechtfertigt. Wie teilweise ebenfalls bereits von den Gerichten erfolgreich praktiziert, sollen persönliche Anhörungen in Eheschutz- und Scheidungsverfahren mittels Video- oder auch Telefonkonferenz durchgeführt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass die Parteien damit einverstanden sind und keine wichtigen Gründe dagegensprechen. Grundsätzlich nicht in Betracht kommt daher die Anhörung von Kindern mittels Video- und Telefonkonferenz, weil hier das Risiko einer Beeinflussung oder Gefährdung des Kindes zu gross ist und daher stets wichtige Gründe gegen eine solche Anhörung sprechen dürften. Gegen den Willen einer Partei soll aber grundsätzlich in eherechtlichen Verfahren keine Video- oder Telefonkonferenz stattfinden; vorbehalten sind dringende Fälle (z.B. bei Zuweisung einer ehelichen Wohnung oder Anpassungen von Unterhalts-, Obhuts- und Besuchsrechtsregelungen). Bei besonderer Dringlichkeit kommt stets auch die superprovisorische Anordnung sofortiger vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei in Betracht (vgl. Art. 265 ZPO). Mit dieser notrechtlichen Regelung wird sichergestellt, dass insbesondere in den im summarischen Verfahren durchzuführenden Eheschutzverfahren oder bei vorsorglichen Massnahmen in einem Scheidungsverfahren im Interesse und zum Schutz der betroffenen Personen auch in dieser ausserordentlichen Lage rasche Entscheide gewährleistet sind und gleichzeitig der Anspruch auf eine persönliche Anhörung und die grundsätzliche Mündlichkeit und Unmittelbarkeit erhalten bleiben.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

⁸ Vgl. Botschaft und Entwurf vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020, 2697 ff.

Art. 4 Grundsätze für den Einsatz von Video- oder Telefonkonferenzen

Die Bestimmung regelt die Grundsätze und damit die notrechtlichen Voraussetzungen für den Einsatz von Video- oder Telefonkonferenzen. Nach *Buchstabe a* ist vorausgesetzt, dass die Übertragung von Ton und Bild beziehungsweise von Ton allein bei einer Video- oder Telefonkonferenz zwischen sämtlichen beteiligten Personen zeitgleich erfolgt. Praktisch muss gewährleistet werden, dass es zwischen sämtlichen Beteiligten nicht zu einer die Direkt- und Unmittelbarkeit der Kommunikation gefährdenden Verzögerung kommt, welche über die übliche Verzögerung namentlich bei der Übertragung über das Internet hinausgeht. Ist dies nicht oder nicht mehr gewährleistet, so erfüllt eine Video- oder Telefonkonferenz ihren Zweck nicht; sie muss ganz oder allenfalls teilweise wiederholt oder konventionell durchgeführt werden. Für Zeugeneinvernahmen nach Artikel 2 Absatz 2 und Anhörungen gemäss Artikel 3 sind eine Aufzeichnung der Video- oder Telefonkonferenz in Wort und gegebenenfalls Bild notwendig und diese muss zu den Akten genommen werden, was bei der elektronischen Abwicklung kein Problem sein dürfte (*Bst. b*). Im Übrigen richtet sich die Protokollierung solcher Video- und Telefonkonferenzen nach den allgemeinen Regeln. Nach *Buchstabe c* ist vorausgesetzt, dass der Datenschutz und die Datensicherheit gewährleistet sind. Das bedeutet insbesondere, dass die Übertragung "end-to-end"-verschlüsselt erfolgen und benutzte Server in der Schweiz oder in der Europäischen Union sein müssen. Zudem müssen eine unerwünschte Datenweitergabe an Dritte sowie unerwünschte Zugriffe, Teilnahmen oder Aufzeichnungen verhindert werden. Die Parteien und Teilnehmer an einer Video- oder Telefonkonferenz müssen angemessen informiert werden. Die Behörden und Gerichte haben dies insbesondere bei der Auswahl der Infrastruktur beziehungsweise Hard- und Software zu berücksichtigen, sind bei der Umsetzung im Übrigen aber grundsätzlich frei. In diesem Zusammenhang hilfreich sind Vorgaben und Empfehlungen der verschiedenen Datenschutzbeauftragten.⁹

Art. 5 Verzicht auf Verhandlung

Soweit im Einzelfall weder eine normale mündliche Verhandlung oder eine Verhandlung mittels Video- oder Telefonkonferenz möglich ist oder dies unzumutbar ist, kann das Gericht ausnahmsweise auf die Durchführung einer (Haupt-)Verhandlung verzichten und das Verfahren schriftlich durchführen, wenn die Angelegenheit dringlich ist und keine wichtigen Gründe dagegensprechen. Als wichtiger Grund gilt insbesondere, wenn an einem Verfahren Laien ohne Rechtsvertretung beteiligt sind oder die gerichtliche Fragepflicht eine mündliche Verhandlung erforderlich macht. Soweit möglich ist auch in der ausserordentlichen Lage die Mündlichkeit, allenfalls in der Form einer Video- oder Telefonkonferenz, beizubehalten, wenn nicht die Parteien im Rahmen des geltenden Rechts darauf verzichten (so insb. für die mündlichen Schlussvorträge und die mündliche Hauptverhandlung gemäss Art. 232 Abs. 2 und Art. 233 ZPO). Stets gewahrt bleiben muss die Garantie einer öffentlichen mündlichen Verhandlung im Sinne von Artikel 6 Ziffer 1 EMRK¹⁰. Vor seiner Entscheidung über den Verzicht auf die Durchführung einer Verhandlung hat das Gericht den Parteien grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu gewähren. Bereits nach geltendem Recht ohne weiteres im schriftlichen Verfahren durchgeführt werden können viele Summarsachen.

⁹ Vgl. insbesondere die Hinweise des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich unter <https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/digitale-zusammenarbeit.html>, welche von der Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragten privatim gutgeheissen wurden.

¹⁰ Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

Art. 6 Besondere Massnahmen in Verfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzes

Auch für Verfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzes sind dringend notrechtlich besondere Massnahmen zu erlassen und zwar für fürsorgerische Unterbringungen. Diese Verfahren dulden im Interesse der betroffenen Person keinen Aufschub und müssen rasch abgewickelt werden, weshalb auch besonders kurze Fristen gelten. In Abweichung vom geltenden Gesetzesrecht ist daher vorzusehen, dass nicht nur ausnahmsweise¹¹ die persönliche Anhörung der betroffenen Person nicht durch das Kollegium der Kindes- oder Erwachsenenschutzbehörde oder der gerichtlichen Beschwerdeinstanz erfolgt, sondern durch ein einzelnes Mitglied oder eine Delegation. Zudem ist auch hier die Durchführung der persönlichen Anhörung mittels Video- oder Telefonkonferenz zulässig und zwar unabhängig vom Einverständnis der betroffenen Person, wie dies ebenfalls bereits teilweise praktiziert wird. Die Grundsätze von Artikel 4 für den Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen und damit auch für die Aufzeichnung und deren Aufbewahrung gelten sinngemäss. Sofern eine Verhandlung stattfindet, kann diese ebenfalls mittels Video- oder Telefonkonferenz gemäss Artikel 4 durchgeführt werden. Auch ohne notrechtliche Regelung auf der Grundlage des geltenden Rechts zulässig ist die Durchführung weiterer Handlungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde mittels Video- oder Telefonkonferenz, so insbesondere die Abklärungen der Verhältnisse gemäss Artikel 446 Absatz 2 ZGB.

2.4 Betreibungsverfahren (Art. 7–9)

Art. 7 Zustellung ohne Empfangsbestätigung

Die Zustellung von Betreibungsurkunden, aber auch von Mitteilungen, Verfügungen und Entscheiden der Betreibungs- und Konkursämter ist ein ausgesprochenes Massengeschäft. Angesichts der teilweise schweren wirtschaftlichen Folgen der ausserordentlichen Lage auf die Zahlungsfähigkeit breiter Kreise der Wirtschaft und auch von Privatpersonen ist davon auszugehen, dass sich die Situation verschärfen wird. Weil der vom Bundesrat beschlossene Rechtsstillstand ausläuft und die anschliessenden Betreibungsferien am 19. April 2020 enden, ist ab dem 20. April 2020 mit einem grossen Volumen von Zustellungen zu rechnen, so dass sich Verzögerungen auch bei einer wünschenswerten Staffelung von Sendungen und Zustellungen kaum ganz vermeiden lassen. Die vom Bundesrat beschlossenen Massnahmen und insbesondere die BAG-Empfehlungen erschweren die Zustellung solcher Sendungen im Betreibungsverfahren sowohl für die zustellenden Behörden sowie die damit beauftragte Schweizerische Post als auch für die empfangenden Personen erheblich. Derzeit ist die Funktionsweise der Zustellungskanäle, namentlich der Schweizerischen Post, gewährleistet. Eine mögliche Einschränkung in der Grundversorgung des Postdienstes in Anwendung von Artikel 7b der COVID-19-Verordnung 2 (SR 818.101.24) wäre zeitlich, räumlich und sachlich so zu gestalten, dass die Rechte von Verfahrensbeteiligten nicht unverhältnismässig beschränkt würden.

Im Betreibungswesen ist für die zeitlich beschränkte Gültigkeitsdauer der Verordnung folgen des Notrechtsregime zu verordnen:

- Die Zustellung von Mitteilungen, Verfügungen und Entscheiden der Betreibungs- und Konkursbehörden wird erleichtert. Die erleichterte Zustellung gilt ausdrücklich auch für Betreibungsurkunden und damit insbesondere für Zahlungsbefehle. Umgekehrt gibt es keine Erleichterung für gerichtliche Entscheide in Betreibungs- und Konkursachen gemäss Artikel

¹¹ Vgl. Art. 447 und 450e ZGB, wonach die betroffene Person von der Behörde oder Beschwerdeinstanz "in der Regel als Kollegium" angehört wird.

251 ZPO. Nicht erleichtert werden alle weiteren Zustellungen ausserhalb des Betreuungswesens, weil dort derzeit kein dringender Anpassungsbedarf besteht. Die abweichende Regelung richtet sich an die Betreibungs- und Konkursämter, welche die Zustellung entweder selbst vornehmen oder veranlassen.

- Abweichend vom geltenden Recht ist notrechtlich auch die Zustellung ohne Empfangsbestätigung der empfangenden Person zulässig, sofern bei der Zustellung aber ein *Zustellnachweis* erfolgt. Dies trifft insbesondere auf die Sendungsart "A-Post Plus" der Schweizerischen Post zu. Denkbar sind aber auch andere Zustellformen, soweit im Einzelfall ein Zustellnachweis ausgestellt wird. Der Nachweis über eine solche Zustellung obliegt im Streitfall der Betreibungs- oder Konkursbehörde, welche die Zustellung veranlasst hat.
- Diese erleichterte Zustellung ist nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen zulässig:
 - Der erleichterten Zustellform mit Zustellnachweis muss entweder ein gescheiterter ordentlicher Zustellversuch mittels Empfangsbestätigung durch die Behörde (bzw. in ihrem Auftrag durch die Post oder einen anderen Anbieter) vorausgehen oder aber im Einzelfall muss erstellt sein, dass ein solcher ordentlicher Zustellversuch von vornherein unmöglich oder aussichtslos ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Empfängerin eine besonders schützenswerte Person ist oder krankheitsbedingt abwesend ist und dort keine Zustellung möglich ist.
 - Die Empfängerin der Sendung muss spätestens am Vortag der ersatzweisen Zustellung von der zustellenden Behörde entweder durch eine telefonische Mitteilung über die konkrete Zustellung verständigt worden sein oder es darf damit zu rechnen sein, dass die Empfängerin eine (schriftliche oder elektronische) Mitteilung über die Zustellung spätestens am Vortag der Zustellung erhalten hat. Im Streitfall ist die Behörde, welche die Zustellung veranlasst hat, dafür beweisbelastet, dass die vorgängige Information über die Zustellung zeitlich und formal korrekt erfolgte.

Nur unter Einhaltung dieser beiden Voraussetzungen darf im Einzelfall auf das Erfordernis einer Empfangsbestätigung verzichtet werden.

- Erfolgt die Zustellung ausnahmsweise nur gegen Zustellnachweis, so tritt dieser an die Stelle der Bescheinigung gemäss Artikel 72 Absatz 2 SchKG.

Soweit sich ordentliche Zustellungen gegen Empfangsbestätigung nicht oder kaum noch umsetzen lassen, erlaubt diese notrechtliche Sonderregelung, dass sich weiterhin die grosse Mehrheit der Zustellungen erfolgreich und nachweisbar durchführen lässt.

Art. 8 Wiederherstellung

Nach Artikel 33 Absatz 4 SchKG kann die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde auf begründetes Gesuch hin eine Frist wiederherstellen, wenn eine Frist unverschuldet versäumt wurde. Notrechtlich ist diese Kompetenz dem zuständigen Betreibungs- und Konkursamt selbst zu übertragen, soweit es um die Wiederherstellung einer durch eine Zustellung gemäss Artikel 7 ausgelösten Frist geht. Damit wird der potentiellen Gefahr von häufiger versäumten Rechtshandlungen bei Fristen, die durch Zustellungen ohne Empfangsbestätigung ausgelöst werden, Rechnung getragen. Gleichzeitig werden die anderen Behörden entlastet. Die Voraussetzungen für die Wiederherstellung ergeben sich unverändert aus Artikel 33 Absatz 4 SchKG.

Art. 9 Versteigerung über Online-Versteigerungsplattformen

Insbesondere wegen des Verbots von öffentlichen Veranstaltungen (Art. 6, COVID-19-Verordnung 2) sind traditionelle öffentliche Versteigerungen zurzeit nicht möglich. Verschiedene

Betreibungsämter haben bereits vor der Corona-Krise Versteigerungen über Online-Plattformen erfolgreich durchgeführt. Dabei bestehen allerdings verschiedene rechtliche Unsicherheiten. Mit Artikel 9 werden Verwertungen im Wege einer Versteigerung über öffentlich zugängliche Online-Plattformen neben der öffentlichen Versteigerung und dem Freihandverkauf als zusätzliche Möglichkeit der Verwertung für zulässig erklärt (*Abs. 1*). Damit wird sichergestellt, dass eine Verwertung auch in der gegenwärtigen Situation möglich ist.

Nach *Absatz 2* legt der Betreibungsbeamte die Modalitäten einer Online-Versteigerung fest. Er hat dabei sicherzustellen, dass die Interessen der Beteiligten bestmögliche Berücksichtigung finden. Damit wird sichergestellt, dass eine solche Versteigerung über Online-Plattformen nicht zum Nachteil der Beteiligten erfolgt. Grundsätzlich entscheidet der Betreibungsbeamte, ob und über welche Online-Plattform die Versteigerung durchgeführt werden soll. In Betracht kommen private kommerzielle wie zum Beispiel "ricardo.ch" oder "ebay.ch", aber auch eigene Plattformen der Betreibungsbehörden. Allfällige Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) der Online-Plattform sollen einer Verwendung nicht im Weg stehen. Der Betreibungsbeamte muss jedoch im Rahmen einer Gesamtbewertung zum Ergebnis kommen, dass durch die Verwendung einer bestimmten Online-Plattform die Interessen der beteiligten Personen bestmöglich gewahrt werden, was in der Regel bedeutet, dass ein möglichst hoher Verwertungserlös resultieren sollte. Online-Plattformen, die kaum Besucher haben oder die verhältnismässig hohe Gebühren in Rechnung stellen, können deshalb nur berücksichtigt werden, wenn es dafür sachliche Gründe gibt. Entsprechendes gilt auch bei der Festlegung der weiteren Modalitäten dieser zusätzlichen Form der Versteigerung, so hinsichtlich Zeitpunkt, Dauer, Bildung der Lose und der Festlegung, ob die Sache beim Betreibungsamt abzuholen ist oder versendet wird, und der Bezahlung. Damit entfällt insbesondere auch die für die öffentliche Versteigerung in Artikel 126 SchKG vorgesehene Pflicht zu einem dreimaligen Aufruf. Die beteiligten Personen müssen stets vorgängig über die geplante Online-Versteigerung informiert werden. Diese Information kann nicht nur schriftlich erfolgen, sondern auch per E-Mail.

Im Übrigen kann auf die Artikel 127, 128 und 129 Absatz 2 SchKG verwiesen werden, die für die Verwertung über Online-Marktplätze sinngemäss gelten (*Abs. 3*).

2.5 Inkrafttreten und Geltungsdauer

Art. 10

Die Verordnung ist nach den Grundprinzipien des Notrechts auf die absolut notwendige Dauer zu begrenzen. Sie tritt am 20. April 2020 in Kraft und gilt bis zum 30. September 2020. Gegebenenfalls kann die Verordnung aufgrund veränderter Umstände bereits früher aufgehoben werden, wenn die Notwendigkeit dafür nicht mehr gegeben ist, oder sie muss allenfalls verlängert werden. Dies ist nach Artikel 7d des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes¹² zunächst bis zu einer Geltungsdauer von sechs Monaten zulässig.

¹² Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG); SR 172.010.



16 avril 2020

Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural

(Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural)

Commentaire des dispositions

1 Introduction

Une justice qui fonctionne est un élément intrinsèque et indispensable de l'État de droit. C'est d'autant plus vrai en temps de crise. Dans la situation extraordinaire que nous vivons, la justice a pour mission et pour responsabilité d'assurer son fonctionnement du mieux qu'elle peut: les procédures et toutes les étapes qui les composent – dépôt d'un acte, audition, administration des preuves, débats, décision, voies de droit – doivent pouvoir être introduites, conduites puis closes. Aujourd'hui aussi il est nécessaire que les parties à un litige puissent recourir à une justice en état de fonctionner et que ces litiges, faute d'un accord à l'amiable, puissent être tranchés le plus rapidement possible par les autorités ou tribunaux compétents.

Les mesures concernant la justice qui sont fondées sur le droit de nécessité doivent non seulement respecter les conditions générales très restrictives qui sont posées, mais également viser le maintien du bon fonctionnement de la justice. Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a décidé à titre de mesure immédiate que les fêtes judiciaires dans les procédures civiles et administratives commenceraient déjà le 21 mars 2020 et seraient prolongées exceptionnellement¹. Il a en revanche renoncé à suspendre les délais de façon générale, car l'immobilisation de la justice doit à tout prix être évitée.

L'ordonnance de nécessité consacrée à la justice et au droit procédural adapte le droit en vigueur de façon ponctuelle et pour une période limitée (voir art. 10) pour garantir ou améliorer le fonctionnement de la justice après le 19 avril 2020. Le même principe vaut pour tous les tribunaux et toutes les autorités concernées, et donc pour toutes les procédures civiles, pénales et administratives: il faut pouvoir continuer à mener les procédures en cours, et notamment les audiences et les auditions, selon le droit procédural applicable. Lors de tout acte de procédure, les mesures qui s'imposent devront être prises pour respecter les recommandations concernant l'hygiène et la distance sociale émises par l'Office fédéral de la santé publique (ci-après « recommandations de l'OFSP ») (voir art. 1). En cas d'impossibilité de mener les débats devant un tribunal civil, des règles concernant le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence s'appliqueront et le tribunal pourra aller jusqu'à renoncer aux débats (voir art. 2 à 6). Ces règles visent à garantir la sécurité du droit et le fonctionnement de la justice à moyen et long terme, également lors de procédure relevant du droit matrimonial ou visant la protection de l'enfant et de l'adulte. Des règles fondées sur le droit de nécessité sont en outre édictées en matière de notification d'actes dans les procédures de poursuites (voir art. 7 et s.): le bon fonctionnement de la justice doit être garanti également dans ce contexte, car le nombre de notifications ne manquera pas d'augmenter au cours des prochaines semaines et des prochains mois. L'admissibilité de la vente aux enchères sur des plateformes en ligne est également réglée par la voie du droit de nécessité (voir art. 9).

Il n'est pour l'heure pas nécessaire d'adopter des mesures en matière de procédure administrative ou de procédure pénale pour les raisons exposées ci-après.

- S'agissant des procédures administratives fédérales, le recours à la téléconférence et à la vidéoconférence est parfois déjà possible aujourd'hui. Les renseignements des parties ou de tiers sont en principe demandés par écrit. Lorsque des personnes sont interrogées

¹ Ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (COVID-19); RS 173.110.4.

oralement au sujet de questions importantes relatives aux faits, par exemple par téléconférence ou par vidéoconférence, un procès-verbal d'audition doit être dressé. Selon la doctrine, les auditions de témoins ne peuvent quant à elles pas se faire par téléconférence ou par vidéoconférence (voir l'art. 18, al. 1, de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA]); elles sont toutefois suffisamment rares pour qu'il ne soit pas nécessaire de prévoir une règle spéciale: il suffit que les recommandations de l'OFSP soient respectées pendant les auditions (voir art. 1). En pratique, c'est lors des visites des lieux (art. 12, let. d, PA) que le respect des recommandations de l'OFSP posera le plus de problèmes. L'application de solutions audio ou vidéo n'entre pas en ligne de compte ici. Les cantons sont compétents pour régler le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence lors des procédures administratives régies par le droit cantonal.

- S'agissant des procédures pénales, les ministères publics et les tribunaux peuvent, selon le droit en vigueur, ordonner des auditions par vidéoconférence (art. 144 du code de procédure pénale [CPP]). Le CPP ne prévoit toutefois pas que les débats dans leur ensemble puissent être menés par vidéoconférence. Le Conseil fédéral renonce à légiférer par droit de nécessité dans ce domaine compte tenu des points délicats qu'il faudrait régler (concernant notamment le principe de la publicité des débats, l'importance de l'immédiateté des débats pour l'administration des preuves, le risque que la présomption d'innocence soit mise à mal par la publication non autorisée d'actes de procédure [sécurité des données et respect de l'interdiction de procéder à des enregistrements audio et vidéo], mais aussi en raison de difficultés pratiques [permettre la prise de mesures contre les participants à la procédure refusant de collaborer, assurer la traduction lorsque différents participants parlent tous une autre langue, par ex.]).

2 Commentaire des articles

2.1 Préambule

Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral a qualifié la situation en Suisse de «situation extraordinaire» au sens de l'art. 7 de la loi du 28 septembre 2012 sur les épidémies (LEp)². En vertu de cette disposition, le Conseil fédéral peut, si une situation extraordinaire l'exige, ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays. Le Conseil fédéral a prévu la prise de telles mesures, à savoir de mesures primaires fondées sur la législation en matière d'épidémie, dans l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (ordonnance 2 COVID-19)³ qu'il a édictée le 13 mars 2020 et modifiée à plusieurs reprises depuis. L'art. 1 de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural est une telle mesure primaire à caractère épidémiologique. Comme il ne se justifie pas de séparer l'art. 1 matériellement des autres dispositions à caractère procédural de l'ordonnance, il n'est pas intégré dans l'ordonnance 2 Covid-19. L'ordonnance consacrée à la justice et au droit procédural comporte avant tout des mesures qui visent à atténuer les mesures fondées sur la législation en matière d'épidémie. Ce type de mesures dites « secondaires », édictées sous la forme d'ordonnances du Conseil fédéral, se fondent dans la mesure du possible sur une délégation de compétences inscrite dans une loi formelle et sur des mandats légaux qui autorisent le Conseil fédéral à édicter des mesures d'exécution. S'il n'existe pas de norme de délé-

² RS 818.101.

³ RS 818.101.24.

gation ni de mandat légal, ou s'ils ne sont pas assez précis, la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances se fonde sur l'art. 185, al. 3, de la Constitution (Cst.)⁴ (éventuellement sur l'art. 184, al. 3, Cst.), si tant est que les conditions constitutionnelles soient remplies (notamment en cas d'urgence et de nécessité matérielle). Tel est le cas en l'espèce pour les art. 2 à 8. Vu que l'essentiel de l'ordonnance se fonde sur l'art. 185 al. 3 Cst., seule cette base constitutionnelle est mentionnée.

2.2 Mesures de précaution à prendre lors d'audiences et d'auditions

Art. 1

Le bon fonctionnement de la justice implique que des actes de procédure puissent être accomplis et notamment que les tribunaux et d'autres autorités puissent tenir des audiences et procéder à des auditions. Ce principe vaut pour toutes les procédures. Les tribunaux et autorités sont tenus de mener des audiences et des auditions en application du droit procédural pertinent. Le gel partiel ou général des audiences décidé le 16 mars 2020, ne peut être qu'une mesure provisoire, surtout après la fin des fêtes des tribunaux le 20 avril 2020. La justice ne fonctionne que si les audiences prévues par les tribunaux et les autres autorités ont lieu. S'agissant de procédures régies par le droit cantonal, les cantons sont compétents pour édicter des règles sur l'accomplissement des actes de procédure.

L'*art. 1* précise que les tribunaux et les autres autorités qui accomplissent des actes de procédure impliquant la participation de parties, de témoins ou de tiers – notamment des audiences et des auditions – doivent prendre les mesures qui s'imposent pour suivre les recommandations de l'OFSP. Ces mesures sont indispensables du point de vue épidémiologique et s'appliquent à tous les domaines du droit et donc à toutes les procédures civiles, pénales et administratives, toutes instances confondues. La règle concerne les tribunaux et les autres autorités fédérales et cantonales, mais aussi les parties et leurs représentants légaux et les avocats. Les recommandations de l'OFSP devront notamment être respectées lors de l'organisation d'audiences et d'auditions, en particulier lors du choix des locaux. Les audiences et les auditions menées par les tribunaux et les autorités ne tombent pas sous le coup de l'interdiction touchant les manifestations et les rassemblements au sens de l'ordonnance 2 COVID-19)⁵. Le nombre de participants devra toutefois être limité au strict minimum et il faudra éviter tout regroupement de personnes. La protection des personnes vulnérables devra également être assurée. Les recommandations de l'OFSP devront en outre être observées le mieux possible entre les parties et leurs représentants légaux. Si les recommandations sont respectées, les actes de procédure et notamment les audiences pourront être menés dans la situation extraordinaire actuelle.

2.3 Procédure civile (art. 2 à 6)

Art. 2 Recours à la vidéoconférence

S'il n'est pas possible d'organiser une audience réunissant les parties et les membres du tribunal tout en respectant les recommandations de l'OFSP, on peut recourir à la vidéoconférence. Cette mesure vaut également dans le domaine judiciaire et différents tribunaux et autorités en font déjà usage aujourd'hui. De l'avis du Conseil fédéral, le droit en vigueur autorise déjà l'utilisation de ces moyens techniques en procédure civile ou administrative. Il

⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

⁵ RS 818.101.24.

faut toutefois préciser dans le droit de nécessité à *quelles conditions* le recours à la vidéoconférence est admissible et peut *être ordonné* par le tribunal civil. Ces précisions permettent l'application des mêmes règles dans toute la Suisse et créent une sécurité juridique pour toutes les personnes impliquées. On retiendra qu'en comparaison internationale, de nombreux pays ont adopté de telles règles jusqu'aux plus hautes instances judiciaires⁶, dans la mesure où le droit en vigueur ne le prévoyait pas déjà⁷. Compte tenu des moyens et solutions techniques disponibles, il est aujourd'hui possible de recourir à des vidéoconférences en lieu et place des audiences conventionnelles; l'usage des téléconférences est moins indiqué pour les procédures relevant du droit matrimonial et les procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte (voir les art. 3 et 6).

L'al. 1 précise que le recours à la vidéoconférence reste l'exception pour les audiences même en vertu du droit de nécessité et qu'il exige le consentement des parties. On pourra déroger à cette règle si de justes motifs le commandent, notamment en cas d'urgence. Est également considéré comme un juste motif, par exemple, la garantie qu'une affaire sera traitée dans un délai raisonnable (voir l'art. 29, al. 1, Cst.). Une audience de conciliation peut également être menée par vidéoconférence à titre exceptionnel si les parties y consentent ou que de justes motifs le commandent. En décidant de recourir à la vidéoconférence, le tribunal doit également tenir compte des moyens techniques dont disposent les parties et leur accorder le droit d'être entendu. Les autres conditions à remplir sont mentionnées à l'art. 4.

L'al. 2 réglemente le recours à la vidéoconférence lors de l'audition de témoins et de la présentation de rapports d'experts. Il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement des parties ou des témoins pour ce faire. L'alinéa reprend par la voie du droit de nécessité une proposition que le Conseil fédéral a formulée lors de la révision du CPC qui est en cours⁸.

L'al. 3 prévoit que le public peut être exclu en cas de vidéoconférence, en dérogation à l'art. 54 CPC, sauf les journalistes accrédités. Cette restriction se justifie d'une part par l'intérêt public à la tenue d'audiences par vidéoconférence et donc au respect du principe de célérité, et d'autre part par l'intérêt à protéger les parties (voir aussi l'art. 54, al. 3, CPC).

Art. 3 Recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence dans les procédures relevant du droit matrimonial

Une disposition spéciale consacrée aux procédures relevant du droit matrimonial tient compte de leurs spécificités. Les auditions doivent pouvoir être menées par téléconférence ou vidéoconférence lors de procédures de protection de l'union conjugale ou de procédures de divorce; les tribunaux le font d'ailleurs déjà en partie. Le consentement des parties est nécessaire et aucun motif important ne doit s'y opposer. L'audition d'un enfant par téléconférence ou vidéoconférence n'entre pas en ligne de compte, car le risque qu'il soit influencé ou mis en danger est trop grand; dans ce cas de figure, il y aura toujours de justes motifs qui s'opposeront à ce type d'audition. Dans les procédures relevant du droit matrimonial, aucune

⁶ Voir par ex. les informations fournies par les tribunaux anglais (HM Courts & Tribunals Service) sur le site <https://www.gov.uk/guidance/hmcts-telephone-and-video-hearings-during-coronavirus-outbreak> ou par la Cour suprême du Royaume Uni (UK Supreme Court) sur le site <https://www.supremecourt.uk/news/arrangements-during-the-coronavirus-pandemic.html>. Les tribunaux de Singapour et des Etats-Unis ont également pris des dispositions analogues.

⁷ Voir par ex. le § 128a du CPC allemand concernant les transmissions audio et vidéo lors d'audiences (« Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung »).

⁸ Voir le message et le projet de loi du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607 ss.

téléconférence ou vidéoconférence ne doit être menée sans le consentement des parties; seules les affaires urgentes sont réservées (par ex. lorsqu'il s'agit d'attribuer le domicile conjugal ou d'adapter les modalités du droit à l'entretien, du droit de garde ou du droit de visite). En cas d'urgence, la possibilité d'ordonner des mesures superprovisionnelles sans entendre la partie adverse (voir art. 265 CPC) est également possible. La présente disposition garantit notamment que dans les procédures de protection de l'union conjugale soumises à la procédure sommaire ou encore lors de la prise de mesures provisionnelles dans une procédure de divorce, des décisions pourront être prises rapidement, dans l'intérêt des personnes concernées et pour leur protection, et que le droit à une audition et au caractère oral et immédiat de la procédure sera maintenu.

Art. 4 Principes régissant le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence

La disposition énumère les conditions posées par le droit de nécessité au recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence. La *let. a* pose le principe que le son et l'image – ou uniquement le son en cas de téléconférence – doivent parvenir simultanément à tous les participants à la conférence. En pratique, il faut garantir qu'aucun ralentissement autre que le décalage usuel dû à la transmission par Internet ne compromet la communication directe entre les participants. Si cette condition n'est pas remplie, la téléconférence ou la vidéoconférence ne remplit plus son objectif ; elle devra dans ce cas être répétée entièrement ou en partie ou être remplacée par une audience conventionnelle. Lors des auditions visées aux art. 2, al. 2, et 3, il sera nécessaire d'établir un enregistrement audio et le cas échéant vidéo et de le verser au dossier (*let. b*), ce qui ne devrait pas poser de problème technique. S'agissant du procès-verbal, les règles générales s'appliquent au surplus. La *let. c* rappelle que la protection et la sécurité des données doivent être respectées, ce qui signifie en particulier que la transmission devra être cryptée d'un bout à l'autre et que le serveur utilisé devra se trouver en Suisse ou dans l'Union européenne. Il faudra en outre empêcher la transmission involontaire de données à des tiers ainsi que tout accès, toute participation et tout enregistrement sans autorisation. Les parties et les participants à une téléconférence ou à une vidéoconférence devront être dûment informés. Les autorités et les tribunaux devront veiller au respect de ces principes en choisissant l'infrastructure, notamment le matériel et le logiciel, mais seront en principe libres pour la mise en œuvre. Les instructions et recommandations émises par les délégués à la protection des données sont utiles dans ce contexte⁹.

Art. 5 Renonciation aux débats

Dans le cas où une audience conventionnelle ou par téléconférence ou vidéoconférence n'est pas possible ou ne peut pas être exigée, le tribunal peut exceptionnellement renoncer à la tenue d'une audience (principale) et mener la procédure par écrit lorsqu'il y a urgence et qu'aucun juste motif ne s'y oppose. Lorsqu'une partie qui ne dispose pas de connaissances juridiques participe à la procédure sans être représentée par un avocat ou lorsque le juge doit pouvoir interpellier les parties et qu'une audience orale est de ce fait nécessaire sont deux exemples de justes motifs. Le caractère oral doit si possible également être maintenu dans une situation extraordinaire, par l'usage de la téléconférence ou de la vidéoconférence, si les parties n'y renoncent pas en vertu du droit en vigueur (par ex. renonciation aux plaidoiries finales et aux débats principaux, comme le prévoient les art. 232, al. 2, et 233 CPC). Le

⁹ Voir notamment les indications du délégué à la protection des données du canton de Zurich à l'adresse <https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/digitale-zusammenarbeit.html> (en allemand), qui ont été approuvées par privatim, la Conférence des préposés suisses à la protection des données.

droit à une audience orale publique au sens de l'art. 6, ch. 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) doit être garanti dans tous les cas¹⁰. Avant de décider de renoncer à la tenue d'une audience, le tribunal devra conférer aux parties le droit d'être entendues. Le droit en vigueur permet déjà de recourir à une procédure écrite pour régler de nombreuses affaires traitées en procédure sommaire.

Art. 6 Mesures particulières applicables aux procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte

Des mesures fondées sur le droit de nécessité doivent également être édictées en matière de procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte, plus précisément en matière de placements à des fins d'assistance. Ces procédures ne sauraient être remises à plus tard et doivent être menées rapidement dans l'intérêt de la personne concernée, raison pour laquelle les délais à respecter sont courts. En dérogation au droit en vigueur, il faut par conséquent prévoir que la personne concernée ne sera pas entendue par l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou par l'instance judiciaire de recours réunie en collège, mais uniquement par un membre ou une délégation de cette autorité, l'exception devenant la règle¹¹. L'audition pourra ici aussi être menée par téléconférence ou vidéoconférence sans demander le consentement de la personne concernée, ce qui se fait parfois déjà aujourd'hui. Les principes posés à l'art. 4 concernant le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence, d'une part, et l'enregistrement et sa conservation, d'autre part, sont applicables par analogie. En cas d'audience, celle-ci pourra également être tenue par téléconférence ou vidéoconférence conformément à l'art. 4. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut procéder à d'autres actes par téléconférence ou vidéoconférence en vertu du droit en vigueur, notamment effectuer des enquêtes au sens de l'art. 446, al. 2, CC, sans qu'il soit nécessaire d'édicter à ce sujet des règles fondées sur le droit de nécessité.

2.4 Procédure de poursuite (art. 7 à 9)

Art. 7 Notification sans reçu

La notification d'actes de poursuite, de même que les communications et les décisions des offices des poursuites et faillites, est une activité de masse. Une augmentation du volume de ces envois est à prévoir au vu des répercussions économiques souvent graves que le régime de nécessité a sur la solvabilité de nombreux secteurs de l'économie et sur celle des particuliers. Des retards ne pourront être complètement évités car il faudra compter avec un grand nombre de notifications dès le 20 avril 2020, vu que la suspension des poursuites décidée par le Conseil fédéral et la férie de Pâques seront arrivées à leur terme, et ce, même si un échelonnement – souhaitable – des envois et des notifications a lieu. Les mesures décidées par le Conseil fédéral, les recommandations de l'OFSP en particulier, compliquent grandement la notification de tels actes dans la procédure de poursuite, à la fois pour l'autorité qui effectue la notification, pour la Poste Suisse qui l'exécute et pour le destinataire. Actuellement, les canaux de notification, la Poste Suisse en particulier, fonctionnent encore. Une restriction éventuelle du service universel dans le domaine des services postaux, en application de l'art. 7b de l'ordonnance 2 COVID-19, devrait être conçue quant à sa portée temporelle, spatiale et matérielle de manière à ne pas limiter de manière disproportionnée les

¹⁰ RS 0.101.

¹¹ Voir les art. 447 et 450e CC, qui disposent que la personne concernée est en général entendue par l'autorité réunie en collège.

droits des participants dans la procédure.

Le régime de nécessité suivant est à adopter dans le domaine de la poursuite pendant la durée limitée de l'ordonnance:

- La notification de communications, de mesures et de décisions des autorités de poursuite et de faillite est facilitée. La notification facilitée s'applique également expressément aux actes de poursuite, aux commandements de payer en particulier. A l'inverse, elle ne s'applique pas aux décisions judiciaires en matière de poursuite et faillite selon l'art. 251 CPC. Les notifications qui ne relèvent pas du domaine de la poursuite ne sont pas facilitées, faute de besoin urgent de légiférer dans ces cas actuellement. La réglementation concerne les offices des poursuites et faillites, qui procèdent eux-mêmes à la notification ou y font procéder.
- En dérogation au droit en vigueur, le droit de nécessité autorise la notification sans reçu au destinataire, à condition qu'une *preuve de notification* soit établie au moment de la notification. L'envoi du type « Courrier A Plus » de la Poste Suisse répond à cette exigence. D'autres formes de notification sont envisageables dans la mesure où elles assurent l'établissement d'une preuve de notification. En cas de différend, la preuve de la notification incombe à l'autorité des poursuites et des faillites qui a fait procéder à la notification.
- La notification facilitée n'est admise qu'à deux conditions cumulatives:
 - La notification facilitée avec preuve de notification doit avoir été précédée d'une notification par la voie ordinaire, avec reçu, par l'autorité elle-même ou, sur son mandat, par la Poste ou un autre fournisseur, ou il doit être établi dans le cas d'espèce qu'une tentative de notification par la voie ordinaire impossible ou vouée à l'échec. C'est le cas en particulier si le destinataire est une personne vulnérable ou n'est pas à son domicile pour raison de maladie, une notification n'étant pas possible à son lieu de traitement.
 - L'autorité doit avoir informé le destinataire par téléphone de la notification simplifiée en question, au plus tard le jour précédant la notification ou l'on peut s'attendre à ce que le destinataire a été informé par écrit ou par courrier électronique au plus tard le jour précédant la notification. En cas de différend sur ce point, la preuve de l'information préalable sur la notification, dans la forme et dans le délais requis, incombe à l'autorité de poursuite et de faillite qui est à l'origine de la notification.

Ce n'est qu'en respectant ces deux conditions que l'on peut renoncer dans le cas particulier à l'exigence d'un reçu.

- En cas de notification avec preuve de notification, l'attestation prévue à l'art. 72, al. 2, LP est remplacée par la preuve de notification.

Cette règle spéciale du droit de nécessité permet d'effectuer la grande majorité des notifications, preuve à l'appui, s'il s'avère que la notification par la voie ordinaire n'est plus du tout ou quasiment plus praticable.

Art. 8 Restitution

Selon l'art. 33, al. 4, LP, l'autorité de surveillance ou l'autorité judiciaire compétente peut restituer un délai sur requête motivée lorsque le défaut n'est pas fautif. Le droit de nécessité donne cette compétence à l'office des poursuites et des faillites s'agissant de la restitution d'un délai déclenché par une notification en vertu de l'art. 7. Le risque que les défauts soient plus fréquents pour des délais déclenchés par des notifications sans reçu est ainsi pris en

compte. Les autres autorités sont également déchargées. Les conditions de la restitution sont celles prévues à l'art. 33, al. 4, LP.

Art. 9 Enchères sur des plateformes en ligne

Les enchères publiques traditionnelles ne sont en ce moment pas possibles, au vu en particulier de l'interdiction de manifestations publiques (art. 6 de l'ordonnance 2 COVID-19). Plusieurs offices des poursuites ont déjà mené avec succès des enchères sur des plateformes en ligne avant la crise du coronavirus. Ce type d'enchères comporte toutefois des incertitudes juridiques. L'art. 9 autorise la réalisation par des enchères sur une plateforme en ligne accessible au public, cette option venant s'ajouter aux enchères publiques et aux ventes de gré-à-gré (*al. 1*). La réalisation peut donc également se faire dans la situation actuelle.

Selon l'al. 2, le préposé aux poursuites fixe les modalités de la vente aux enchères en ligne. Il s'assure que les intérêts des participants sont préservés au mieux. L'on garantit ainsi qu'une enchère par une plateforme en ligne ne sera pas désavantageuse pour les participants. En principe, le préposé aux poursuites décide du recours à une plateforme en ligne pour mener l'enchère et choisit la plateforme pour ce faire. Des plateformes privées à but commercial, comme « ricardo.ch » ou « ebay.ch », ou des plateformes propres aux offices des poursuites entrent en ligne de compte. Les conditions générales (CG) de la plateforme en ligne ne devraient pas être un obstacle à son utilisation. L'appréciation d'ensemble effectuée par le préposé aux poursuites doit toutefois amener à conclure que les intérêts des participants sont préservés au mieux. Cela signifie en général que le montant de la réalisation doit être aussi élevé que possible. Des plateformes en ligne qui ont peu de visiteurs ou qui prélèvent des frais relativement élevés ne peuvent donc être prises en considération que si des motifs objectifs le justifient. Ces principes valent également pour les autres modalités de cette forme additionnelle d'enchères, s'agissant par exemple du moment ou de la durée de l'enchère, de la constitution des lots, de la mise à disposition du bien à l'office des poursuites ou de son envoi et des modalités de paiement. L'obligation de procéder à trois criées, prévue à l'art. 126 LP pour les enchères publiques, n'est ainsi plus requise. Les participants doivent être informés à l'avance de la mise aux enchères en ligne lorsque cette forme d'enchères est choisie. L'information peut être effectuée non seulement par écrit mais également par courriel.

Pour le reste, un renvoi est fait aux art. 127, 128 et 129, al. 2, LP, qui s'appliquent par analogie à la réalisation sur des plateformes en ligne (*al. 3*).

2.5 Entrée en vigueur et durée de validité

Art. 10

La validité de l'ordonnance doit être limitée à la plus courte durée nécessaire, conformément aux principes du droit de nécessité. L'ordonnance entre en vigueur le 20 avril 2020 et vaut jusqu'au 30 septembre 2020. Elle pourra éventuellement être abrogée plus tôt si les circonstances le permettent et que l'urgence n'est plus donnée, ou devra le cas échéant être prolongée. Le délai est d'abord limité à 6 mois conformément à l'art. 7d de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration¹².

¹² RS 172.010.