

François Bohnet / Sandra Mariot

COVID-19 et oralité en procédure civile

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

Cet article s'intéresse à la place de l'oralité et de l'écrit en procédure civile face à l'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural. Il répond aux questions relatives aux mesures de précautions à prendre lors d'audiences et d'auditions en présentiel, à l'utilisation de la vidéoconférence ou de la téléconférence ou encore à la possibilité de renoncer aux débats. Il permet également de mettre en exergue ce qui devrait être approfondi afin que des règles relatives à la vidéoconférence puissent être introduites dans la législation helvétique.

Catégories d'articles : Science

Proposition de citation : François Bohnet / Sandra Mariot, COVID-19 et oralité en procédure civile, in : «Justice - Justiz - Giustizia» 2020/2

Table des matières

- I. Introduction
- II. Cadre législatif
- III. Mesures de précaution à prendre lors d'audiences et d'auditions en présentiel
- IV. Vidéoconférence et téléconférence dans le cadre de procédures civiles
 - A. Généralités
 - B. Champ d'application spatial et temporel
 - C. Conditions du recours à la vidéoconférence
 - I. Phases de la procédure
 - II. Consentements, justes motifs, situation d'urgence
 - III. Audition de témoins ou d'experts
 - IV. Dérogation au CPC
 - D. Vidéoconférence et téléconférence dans le cadre de procédures relevant du droit matrimonial
 - I. Types de procédure et phases de celle-ci
 - II. Consentement, justes motifs, situations d'urgence
 - III. Risques spécifiques liés à la téléconférence
 - IV. Dérogation au CPC
 - E. Vidéoconférence et téléconférence dans le cadre de procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte
 - F. Modalités pratiques
 - G. Voies de droit
- V. Renonciation aux débats
 - A. Généralités
 - B. Procédure de conciliation
 - C. Procédure ordinaire
 - D. Procédure simplifiée
 - E. Procédure sommaire
 - I. Principes
 - II. Droit des poursuites
 - III. Mesures protectrices de l'union conjugale et provisionnelles de divorce
- VI. Conclusion

I. Introduction

[1] Il y a encore quelques mois, nul n'aurait pu imaginer que la question de l'oralité et de l'écrit, l'un des plus vieux débats de la procédure civile, allait refaire surface à l'occasion d'une crise sanitaire mondiale impactant jusqu'à la vie des prétoires. L'ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural¹ tente de répondre aux questions que pose la tenue d'audiences et d'auditions dans le cadre sanitaire actuel.

[2] Pour en comprendre les tenants et les aboutissants, nous reviendrons tout d'abord sur le cadre législatif ayant permis au Conseil fédéral d'édicter cette ordonnance (II). Nous examinerons ensuite les mesures d'ordre sanitaire à prendre lors d'audiences et d'auditions en présentiel (III), puis les aménagements procéduraux mis sur pied par l'ordonnance. Ils sont de deux ordres, à savoir d'une part le recours à la vidéoconférence ou à la téléconférence (liaison téléphonique) (IV), en particulier lorsque les mesures de précautions ne peuvent pas être respectées ou lorsqu'une

¹ 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; RS 272.81).

personne à risque est impliquée, et d'autre part la renonciation aux débats (V) lorsque ni une audience conventionnelle ni une vidéoconférence ou une téléconférence ne peuvent être tenues.

[3] Notons que l'ordonnance aborde également d'autres points qui ne seront pas traités dans cette contribution : notification sans reçu, restitution, ainsi qu'enchères sur les plateformes en ligne dans le cadre des procédures de poursuite.

II. Cadre législatif

[4] L'art. 6 al. 2 let. b de la Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp)² prévoit que le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons, ordonner des mesures visant la population. C'est sur cette base qu'il a édicté le 28 février 2020, l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID19)³ qui a été remplacée le 13 mars 2020 par l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID19) (Ordonnance 2 COVID19)⁴. La durée de validité de cette ordonnance varie en fonction des dispositions et peut s'étendre, sous réserve d'une éventuelle prolongation, au maximum pendant six mois (art. 12 al. 3 ordonnance 2 COVID19).

[5] Le 16 mars 2020, la « *situation extraordinaire* » au sens de l'art. 7 LEp a été décrétée par le Conseil fédéral. Selon cette disposition, le Conseil fédéral peut ordonner des mesures nécessaires pour tout ou partie du pays, possibilité dont il a fait usage. Dès cette date, les mesures destinées à lutter contre le coronavirus de l'ordonnance 2 COVID19 ont été, à plusieurs reprises, renforcées⁵.

[6] Le 20 mars 2020, le Conseil fédéral a décidé quelles mesures devaient être prises dans le domaine de la justice en édictant l'ordonnance datée du même jour sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (COVID19)⁶. La suspension était effective du 21 mars 2020 à 00h00 jusqu'au 19 avril 2020, ce qui permettait d'anticiper la période de Pâques. Les audiences « non urgentes » ont alors été reportées ou même annulées.

[7] Le bon fonctionnement de la justice dépend notamment de la tenue d'audiences, le gel de celles-ci ne pouvait ainsi qu'être provisoire. Le Conseil fédéral a alors édicté l'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). Cette dernière a pour objet les mesures de précaution à prendre lors d'audiences et d'auditions ainsi que des règles spécifiques liées à la procédure civile et la procédure de poursuite⁷.

[8] L'ordonnance se fonde sur l'art. 185 al. 3 Cst⁸. Elle est entrée en vigueur le 20 avril 2020 à 00h00 et a effet jusqu'au 30 septembre 2020 (art. 10 ordonnance COVID-19 justice et droit pro-

² Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp ; RS 818.101).

³ Ordonnance du 28 février 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (RO 2020 573).

⁴ Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19 ; RS 818.101.24).

⁵ *Ibid.*

⁶ 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) (RO 2020 849).

⁷ 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 ; RS 272.81).

⁸ *Ibid.*

cédural). En fonction de la situation sanitaire, elle pourrait être abrogée de manière anticipée ou prolongée au-delà de cette date. Elle a pour dessein d'« atténuer les mesures fondées sur la législation en matière d'épidémie »⁹. Ceci fait vraisemblablement référence à l'ordonnance 2 COVID-19 et en particulier à l'exigence de distanciation sociale de deux mètres entre chaque personne (art. 7c al. 2 ordonnance 2 COVID-19) ainsi qu'aux règles de protection des personnes vulnérables (art. 10b ordonnance 2 COVID-19) qui risquent d'empêcher la tenue de certaines audiences classiques et donc de perturber le bon fonctionnement de la justice lorsque les salles d'audience sont exigües ou le nombre d'acteurs important si les possibilités de recourir à la vidéoconférence, à la téléconférence ou à la renonciation aux débats étaient inexistantes.

III. Mesures de précaution à prendre lors d'audiences et d'auditions en présentiel

[9] L'art. 1 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural exige des tribunaux et autorités qu'ils prennent pour les audiences les mesures qui s'imposent pour respecter les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) concernant l'hygiène et la distance sociale. Ces mesures doivent être appliquées à tous (les magistrats, parties, représentants légaux, avocats), à tous les domaines du droit (procédure civile, administrative, pénale), à toutes les instances et en tous lieux (tribunaux et autres autorités fédérales et cantonales)¹⁰.

[10] Bien que les audiences et les auditions ne soient pas soumises aux règles sur l'interdiction de manifestations et de rassemblements selon l'ordonnance 2 COVID-19¹¹, seul un nombre de personnes limité au strict minimum doit y être admis. La quantité d'individus tolérée dans un espace clos dépend de la superficie de celui-ci. Les recommandations de l'OFSP doivent pouvoir être respectées pour qu'une audience soit tenue, ce qui signifie notamment qu'une distance minimale de deux mètres entre chaque acteur de la justice doit pouvoir être respectée¹². Si la partie et son représentant renoncent à cette distance sociale, ce qu'ils devraient pouvoir faire, le port du masque est recommandé selon l'OFSP¹³. Le plan suivant prévoit les distances sociales au sein d'une salle d'audience et peut donc être appliqué pour que deux parties composées chacune d'une personne, leur représentant respectif, un juge et un greffier puissent y être ensemble.

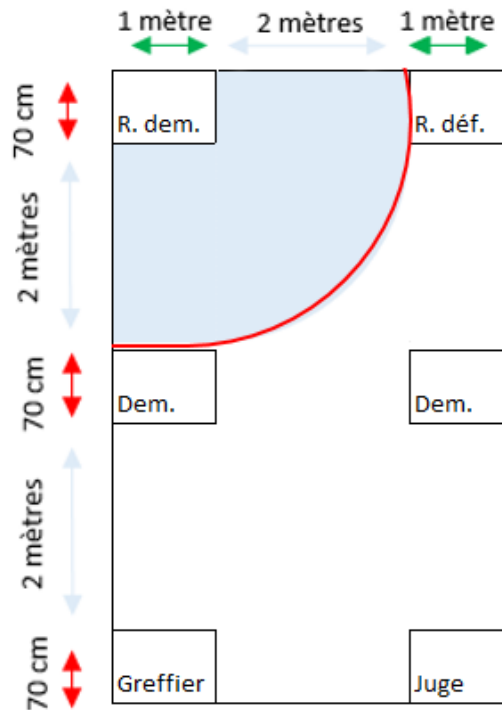
⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Commentaire des dispositions de l'Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural (Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), in : Confoederatio helvetica (www.admin.ch), Berne 2020, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-04-16/erlaeuterungen-covid19-justiz-f.pdf> (15 mai 2020), p. 3.

¹⁰ *Id.*, p. 4.

¹¹ *Ibid.*

¹² Comp. art. 7c al. 2 Ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 2 COVID-19; RS 818.101.24).

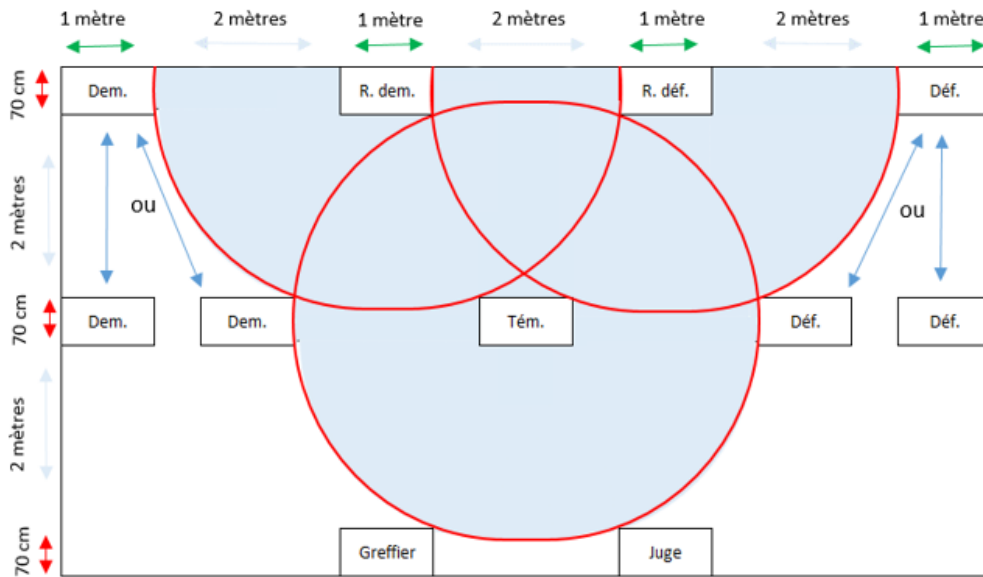
¹³ On consultera à ce titre <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html#-203564221>.



[11] Un espace de travail moyen de 1 mètre sur 70 centimètres peut être prévu par personne auquel il faut ajouter les distances sociales (en bleu). Selon le schéma de la salle d'audience proposé ci-dessus, celle-ci doit être d'au minimum 24,4 m² $([0,7 + 2 + 0,7 + 2 + 0,7] \times [1 + 2 + 1])$. La valeur demeure assez théorique, puisqu'il faut encore tenir compte de la configuration des lieux et d'une distance raisonnable des murs et des portes d'accès.

[12] Afin de faciliter le choix des salles d'audience en fonction du nombre de participants, la valeur de référence applicable aux réunions de travail selon les recommandations de l'OFSP, soit environ 4 m² par personne¹⁴ pourrait être appliquée par analogie, car le calcul susmentionné démontre sa quasi-équivalence. Il s'agit d'une valeur minimum, une salle plus grande peut toujours être privilégiée. A titre d'exemple, si un tribunal dispose d'une salle d'audience de plus de 60 m², le schéma suivant peut être appliqué et les parties peuvent choisir de comparaître à côté de leur représentant ou devant lui, et un témoin peut également être auditionné en respectant les distances sociales.

¹⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19), version du 16 avril 2020, in : Confoederatio helvetica (www.admin.ch), Berne 2020, https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/covid-19-erlaeuterungen-zur-verordnung-2.pdf.download.pdf/Rapport_explicatif_concernant_l_ordonnance%20COVID-19.pdf (15 mai 2020), p. 18.



[13] Plusieurs schémas d’audience sont possibles. Ceux-ci doivent être adaptés à l’espace disponible et au nombre de personnes présentes.

[14] Il ne nous semble pas possible d’exiger la présence d’un *seul consort* simple ou nécessaire pour des questions de superficie des salles. Le cas échéant, il faudra privilégier d’autres mécanismes.

[15] Lorsque le tribunal compétent en raison du for ne dispose pas d’une salle suffisamment grande pour qu’une audience ou une audition classique soit tenue, le droit fédéral permet que celle-ci le soit dans un autre lieu, voire même dans un autre canton (art. 195 CPC). Toutefois, une attention particulière doit alors être portée au droit d’organisation judiciaire cantonal qui détermine en règle générale le lieu où se déroulent les audiences en fixant le siège du tribunal. Des dérogations à ces règles peuvent également être prévues¹⁵. A défaut, les audiences et auditions devraient avoir lieu dans la commune du siège.

IV. Vidéoconférence et téléconférence dans le cadre de procédures civiles

A. Généralités

[16] A l’aube de cette période de crise sanitaire, le Conseil fédéral prévoyait dans son Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l’application du droit) l’introduction de dispositions permettant aux tribunaux de recourir à la vidéoconférence¹⁶, sans toutefois y prêter l’attention nécessaire. Il s’agissait alors

¹⁵ FRANÇOISE BASTONS BULLETTI, Le COVID-19, la reprise des procès civils et le praticien, in : newsletter CPC Online 2020-N 12, n° 10 s.

¹⁶ Message 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 ; FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, RSPC 2020 179 ss, p. 179 ss.

de faciliter la tenue d'audiences en matière internationale¹⁷. La téléconférence n'était en revanche pas évoquée.

[17] En raison de la crise liée au COVID-19 nécessitant des mesures rapides afin de lever le gel des procédures, et ainsi de garantir le bon fonctionnement de la justice¹⁸, la vidéoconférence a fait son entrée plus rapidement que prévu sur la scène judiciaire grâce à l'ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural. D'après l'Office fédéral de la justice (OFJ), la vidéoconférence est un moyen exceptionnel auquel il est possible de recourir uniquement lorsque les recommandations de l'OFSP ne peuvent pas être respectées¹⁹. Toutefois, à notre sens même si les distances sociales peuvent être respectées à l'intérieur de la salle d'audience, il ne faut pas négliger le fait que certains tribunaux ne possèdent pas de salles d'attente suffisamment grandes, ceci contraignant les parties et leurs représentants à rester dans le couloir ou à l'extérieur et que d'autres tribunaux qui en sont dotés ne peuvent assurer une désinfection suffisante après chaque utilisation. Ainsi, lorsque les parties sont d'accord de mener une vidéoconférence, le juge devrait pouvoir l'accepter même si une audience en présentiel respectant les recommandations de l'OFSP est possible.

B. Champ d'application spatial et temporel

[18] La vidéoconférence permet la tenue d'audiences ou d'auditions par un tribunal suisse lorsque l'intégralité des acteurs de la justice concernée se trouve sur sol Helvétique²⁰. L'OFJ précisait en 2003 déjà que : « *Le fait pour une autorité étrangère ou des avocats étrangers de procéder à une audition, par vidéoconférence, de témoins ou de parties se trouvant physiquement en Suisse constitue un acte de puissance publique sur territoire suisse. Une telle audition est ainsi soumise à autorisation* »²¹. Inversement, si une autorité suisse procède à une vidéoconférence avec une partie, un témoin ou un expert à l'étranger, il s'agit d'un acte de puissance publique. Par ailleurs, le message du 26 février 2020 relatif à la modification du CPC précise que : « *[e]n cas de vidéoconférences impliquant des personnes à l'étranger, les règles de l'entraide judiciaire internationale en matière civile devront être respectées* »²².

[19] Selon le Conseil fédéral, le droit en vigueur avant l'ordonnance COVID19 justice et droit procédural autorisait d'ores et déjà les autorités à recourir à des moyens techniques de vidéoconférences. On ne sait pas s'il le tire des règles du CPC – si bien que ceux-ci seraient utilisable en tout temps – ou des ordonnances liées à la situation actuelle²³.

¹⁷ Message modification CPC (note 16), pp. 2628 et 2658.

¹⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 2.

¹⁹ *Id.*, p. 4 s.

²⁰ Nuancée : BASTONS BULLETTI (note 15), n° 14 qui soutient qu'une vidéoconférence peut avoir lieu si les intervenants se situent dans une ambassade. Or il convient de ne pas confondre l'inviolabilité et l'extraterritorialité. Le droit de l'Etat d'accueil et non le droit d'origine s'applique dans une ambassade. Voir : JEAN PAUL PANCRACIO, Les ambassades ne sont pas un territoire étranger, in : Observatoire de la diplomatie (observatoire-de-la-diplomatie.com/), s.l. 2017, <http://observatoire-de-la-diplomatie.com/ambassades-ne-territoire-etranger/> (15 mai 2020).

²¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Entraide judiciaire internationale en matière civile*, Ligne directrices, 3^e éd., Berne 2013, p. 33.

²² Message modification CPC (note 16), p. 2658. Voir également : BOHNET/MARIOT (note 16), p. 188 s.

²³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 4. Voir également à titre d'exemple : Conseil de la magistrature, Coronavirus Covid-19 – Mise à jour des directives et instructions à l'intention des autorités fribourgeoises soumises à la surveillance du Conseil de la magistrature émises le 16 mars 2020, in : Etat de Fribourg (www.fr.ch), Fribourg

[20] Il serait surprenant que le Conseil fédéral estime que le CPC autorise la vidéoconférence. Il a été rédigé à une époque où le législateur n'envisageait que la comparution physique au tribunal, comme le démontre l'art. 170 CPC. Le projet de modification du CPC propose du reste d'introduire la vidéoconférence²⁴ ce qui confirme l'absence de base légale actuelle. Les procédés sont nouveaux et font appel à des technologies qui ne sont pas sans risques. Pour qu'un tel procédé soit applicable en Suisse de manière pérenne, il est nécessaire d'adopter des règles déterminant quelles procédures, quelles phases de celles-ci et quels intervenants peuvent faire l'objet d'une vidéoconférence et sous quelles modalités.

[21] A notre sens, le recours à la vidéoconférence ne sera donc plus possible après la période d'application des diverses ordonnances liées au COVID-19²⁵.

[22] Les pratiques des tribunaux avant l'adoption de l'ordonnance COVID19 justice et droit procédural ont été diverses, non uniformes et pas toujours adaptées. Certains d'entre eux se sont tournés vers l'application Skype²⁶. Or cette application n'est pas mentionnée dans les recommandations émises par le délégué à la protection des données de Zurich approuvées par Privatim, la Conférence des préposés suisses à la protection des données²⁷ (IV., F.). L'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural précise quelles sont les conditions admissibles pour recourir à la vidéoconférence et quand elle peut être ordonnée par un tribunal civil. Ces précisions ont pour dessein d'uniformiser l'application de ces règles afin de garantir une meilleure sécurité juridique²⁸.

[23] La téléconférence quant à elle ne connaît qu'un champ d'application réduit d'après l'ordonnance. Elle n'intervient que dans le cadre de l'audition des parties dans des procédures relevant du droit matrimonial (IV., D.) ou d'auditions ou d'audiences dans le cadre de procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte (IV., E.).

C. Conditions du recours à la vidéoconférence

I. Phases de la procédure

[24] La vidéoconférence semble utilisable à tous les stades de la procédure, soit également pour une conciliation²⁹ et l'audience de plaidoirie³⁰ et à chaque niveau de juridiction. La mise en application de l'ordonnance permet de déterminer de manière plus précise quand un tel procédé peut être appliqué ou même ordonné. La même question restait ouverte dans le projet de révision du CPC.

25 mars 2020, <https://www.fr.ch/sites/default/files/2020-03/Covid%20directives%20CM%2025.03.2020.pdf> (15 mai 2020).

²⁴ Message modification CPC (note 16), pp. 2628 et 2658. Concernant la comparution personnelle physique ou virtuelle voir IV., D., IV.

²⁵ Contra : BASTONS BULLETTI (note 15), n° 14.

²⁶ On consultera à ce titre <https://www.srf.ch/news/regional/aargau-solothurn/video-einvernahmen-ein-digitaler-schub-fuer-die-justiz>.

²⁷ On consultera à ce titre <https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/digitale-zusammenarbeit.html> qui ne mentionne pas cette application dans le choix de celles qui assurent le respect de la protection des données et qui sont recommandées pour les organismes publics ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 6.

²⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 5.

²⁹ *Ibid.* Infra, § 59 ss.

³⁰ Voir infra, § 70.

II. Consentements, justes motifs, situation d'urgence

[25] Le consentement des parties est nécessaire sauf en cas de justes motifs. Une situation d'urgence ou, selon l'OFJ, garantir que la cause soit jugée dans un délai raisonnable au sens de l'art. 29 al. 1 Cst., constituent des justes motifs au sens de l'art. 2 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural. On peut également citer l'hypothèse de l'implication d'une personne à risque dans la procédure. Dans l'éventualité où ces conditions sont remplies et que le tribunal décide de recourir à la vidéoconférence, le droit d'être entendu doit encore être respecté et le tribunal doit prendre en considération l'équipement technique dont disposent les parties³¹.

[26] A notre sens, il doit être possible de prévoir une audience classique en présentiel avec par exemple l'audition d'une partie par vidéoconférence (son représentant étant par hypothèse dans la salle d'audience), en raison de difficultés ou risques particuliers liés à la partie. Une audience par vidéoconférence peut ainsi être couplée à une audience classique en présentiel si la transmission en direct peut être assurée entre l'intégralité des intervenants.

[27] Lorsqu'une partie a donné son consentement à la tenue d'une vidéoconférence et n'est pas joignable par sa faute, par exemple si elle ne se connecte pas, les règles relatives au défaut doivent être appliquées (art. 147, 206 et 234 CPC). Le consentement semble définitif, ce qui signifie qu'il n'est plus ensuite possible pour la partie de justifier son défaut par son refus de comparaître par vidéoconférence. Seul un changement de circonstances devrait permettre de demander le report de l'audience, la tenue d'une audience classique ou même d'envisager la renonciation aux débats (application par analogie du principe relatifs à l'art. 146 al. 2 CPC)³².

[28] La partie est également libre de refuser purement simplement la tenue d'une vidéoconférence sans devoir motiver le refus³³. Dans un tel cas, le tribunal doit alors déterminer s'il existe un juste motif justifiant la tenue d'une vidéoconférence malgré le refus de la partie. A défaut et si une audience classique ne peut être tenue en respectant les recommandations de l'OFSP, celle-ci doit simplement être reportée *sine die*.

III. Audition de témoins ou d'experts

[29] Selon l'OFJ, l'audition de témoins ou d'experts par vidéoconférence ne requiert pas le consentement des parties et du tiers en question³⁴. On envisage apparemment ici soit la tenue d'une audience classique, avec l'audition d'un témoin ou expert par vidéoconférence soit la tenue d'une vidéoconférence avec une comparution virtuelle de tous les acteurs de la procédure. Un enregistrement vidéo de cette audition doit être effectué et versé au dossier (art. 4 let. b ordonnance COVID-19 justice et droit procédural)³⁵.

[30] Le Conseil fédéral prévoyait déjà dans son Message du 26 février 2020 relatif à la modification du Code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du

³¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 5.

³² Dans le même sens : BASTONS BULLETTI (note 15), n° 16b et la réf. citée.

³³ Nuancée : *Ibid.*

³⁴ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 5.

³⁵ *Id.*, p. 6.

droit) qu'un tel outil soit à disposition des tribunaux³⁶. L'absence de la nécessité du consentement tant des parties que des témoins en revanche est une nouveauté.

[31] Le commentaire est muet sur les modalités de l'audition du témoin par vidéoconférence. Il conviendra à tout le moins d'exiger qu'il indique où il se trouve, qu'il confirme répondre seul, sans influence de tiers ou notes (art. 71 al. 3 CPC). Sans vérification possible de l'autorité, celle-ci devrait interpellier le tiers et enregistrer ses déclarations³⁷. Par ailleurs, en application du droit des parties à participer à l'administration des preuves (art. 155 al. 3 CPC), celles-ci doivent pouvoir assister et intervenir durant l'audition par vidéoconférence comme elles peuvent le faire durant une audition classique.

IV. Dérogation au CPC

[32] L'art. 2 al. 3 de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural indique déroger à l'art. 54 CPC relatif au principe de publicité en prévoyant que lorsqu'une vidéoconférence est tenue en lieu et place d'une audience classique, le public peut être exclu et seuls les journalistes accrédités doivent être admis. Dans de telles circonstances, un enregistrement vidéo sera effectué et versé au dossier (art. 4 let. b ordonnance COVID-19 justice et droit procédural).

[33] L'OFJ justifie cette restriction 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* »³⁸. Ces justifications ne sont pas convaincantes. Les audiences par vidéoconférence seront, a priori, menées depuis une salle d'audience. Partant, le public devrait pouvoir y avoir accès. Seuls des raisons d'équipement ou de superficie de salle pourraient justifier ladite restriction. Il faut noter que les tribunaux ne sont, en règle générale, pas équipés du matériel adéquat pour assurer la transmission du son et des images au public. Par ailleurs une transmission libre sur un canal public (Internet) est exclue.

[34] En revanche, les journalistes accrédités peuvent être autorisés, après en avoir fait la demande, à disposer d'un accès en qualité de participants à la vidéoconférence ou si les tribunaux possèdent l'équipement adéquat de regarder la vidéoconférence sur un écran mis à disposition au tribunal³⁹. Cette seconde possibilité devrait également être ouverte au public. Il convient encore de préciser que même lorsque la vidéoconférence n'est pas utilisée, dans le canton de Neuchâtel du moins, le huis clos partiel généralisé a été décidé et le public est ainsi exclu des audiences durant la période exceptionnelle que nous traversons⁴⁰.

³⁶ Message modification CPC (note 16), p. 2658.

³⁷ BASTONS BULLETTI (note 15), n° 16 cc.

³⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 5.

³⁹ DANIEL KETTIGER, Gerichtsverhandlungen Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, in : Jusletter 4 mai 2020, § 31.

⁴⁰ Commission administrative des autorités judiciaires, Mesures spéciales de prévention de la transmission du coronavirus (Covid-19), in : République et canton de Neuchâtel (ne.ch), Neuchâtel 2020, <https://www.ne.ch/autorites/PJNE/Documents/COVID/Mesures%20sp%c3%a9ciale%20Covid-%2019%20audiences%2017.04.2020.pdf> (15 mai 2020).

D. Vidéoconférence et téléconférence dans le cadre de procédures relevant du droit matrimonial

I. Types de procédure et phases de celle-ci

[35] L'OFJ relève qu'une audition par vidéoconférence ou téléconférence peut être menée dans les procédures de protection de l'union conjugale ou de divorce. A la lecture de l'art. 3 de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, il s'agit en particulier des auditions des parents mariés dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 273 CPC), de l'audition du couple dans le cadre d'une procédure de divorce sur requête commune (art. 287 CC), de l'audition des parents dans les procédures concernant les intérêts de l'enfant (art. 297 CPC) ou de l'audition de l'enfant dans une procédure concernant ses propres intérêts (art. 298 CPC).

[36] A la différence des autres domaines relevant de la procédure civile, il semble que d'après l'art. 3 de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, seules les auditions puissent être menées par vidéoconférence ou téléconférence et non pas les audiences. Le commentaire établi par l'OFJ concernant ces dispositions n'explique pas ce choix. On pourrait l'expliquer par le fait qu'il s'agit d'un domaine juridique où la nature de l'affaire est éminemment personnelle et que la coprésence physique des parties est ainsi souhaitée, notamment dans le but de favoriser la recherche d'un accord amiable. Or, si les conditions posées aux autres audiences par vidéoconférence sont respectées, ce procédé ne semble pas préjudiciable même pour la tenue d'une telle audience. Il semble par ailleurs complexe de séparer les auditions de l'audience au sens propre.

II. Consentement, justes motifs, situations d'urgence

[37] Une audition par vidéoconférence ou téléconférence peut être tenue avec le consentement des parties, sauf si de justes motifs s'y opposent (art. 3 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Tant l'ordonnance susmentionnée que son commentaire restent muets sur ces justes motifs. On peut imaginer que le juste motif serait par exemple que les deux conjoints vivent dans le même logement et que l'on redoute que l'un subisse une pression de l'autre. Ainsi même en cas de consentement des deux parties, il ne s'agirait vraisemblablement pas d'un consentement libre et éclairé et une audition par vidéoconférence ne devrait alors pas être menée.

[38] Seules les causes urgentes peuvent faire l'objet d'une audition par vidéoconférence ou téléconférence sans le consentement des parties. L'OFJ cite l'attribution du domicile conjugal, l'adaptation des modalités du droit à l'entretien, du droit de garde ou du droit de visite⁴¹. Ceci permet de garantir que des décisions urgentes pourront être prises rapidement que ce soit dans le cadre de procédures de protection de l'union conjugale soumise à la procédure sommaire ou en cas de mesures provisionnelles. Le droit à une audition à caractère oral et immédiat peut ainsi être maintenu⁴².

⁴¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 6.

⁴² *Ibid.*

III. Risques spécifiques liés à la téléconférence

[39] La téléconférence semble a priori plus simple à utiliser que la vidéoconférence, car il suffit de disposer d'une ligne téléphonique. Or en raison de la facilité à rediriger les appels, même si le tribunal compose le numéro du téléphone portable ou de la ligne fixe de la partie qu'il souhaite joindre, il lui est impossible de l'identifier avec certitude⁴³. Il est également possible, sans parler de redirection des appels, que ce soit une autre personne qui réponde et mente. Ces risques sont minimes, mais ne peuvent être ignorés.

IV. Dérogation au CPC

[40] L'art. 3 de l'ordonnance indique déroger aux art. 273, 287, 297 et 298 CPC, vraisemblablement parce que ces dispositions mentionnent que les parties comparaissent « *personnellement* » et sont entendues « *personnellement* ». Or ni la comparution virtuelle par vidéoconférence ni l'audition par ce procédé ou l'audition par téléconférence n'empêchent une comparution personnelle. Il n'est nulle part fait mention dans le CPC que la comparution personnelle implique une présence physique. Seule une interprétation téléologique et systématique des dispositions le suggère⁴⁴. Cette interprétation n'est pas immuable et est appelée à évoluer au même rythme que la société et les outils qui sont à sa disposition. La vidéoconférence et la téléconférence peuvent donc être menées sans déroger aux art. 273, 287, 297 et 298 CPC.

[41] Le commentaire des dispositions de l'ordonnance précise que l'audition d'un enfant par le biais d'une vidéoconférence ou téléconférence est exclue. Le risque que celui-ci subisse une influence ou une mise en danger constitue un juste motif empêchant la tenue d'une audition par un tel procédé⁴⁵. A suivre ce commentaire, l'art. 3 de l'ordonnance ne déroge donc pas à l'art. 298 CPC, contrairement à ce qu'il indique. KETTIGER estime quant à lui que seule la lettre de la disposition est applicable et non le commentaire, si bien que l'audition des enfants par vidéoconférence ou téléconférence demeure possible. Il précise encore qu'un enfant de 13 ans révolus est apte à utiliser un outil informatique permettant la vidéoconférence et à comprendre les conséquences liées à cette audition. Selon lui, si l'enfant subit une influence, le tribunal s'en rendrait compte, ce risque doit donc être minimisé ou un lieu protégé en dehors du domicile parental doit être mis à disposition pour procéder à ladite audition par vidéoconférence⁴⁶.

E. Vidéoconférence et téléconférence dans le cadre de procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte

[42] L'art. 6 de l'ordonnance prévoit qu'en dérogation aux art. 314a al. 1, 447 et 450e CC, les auditions peuvent être menées par un seul membre ou par une délégation de l'autorité de pro-

⁴³ KETTIGER (note 39), § 34.

⁴⁴ BEAT BRÄNDLI, Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie im schweizerischen Zivilprozess, in : Kommunikation in Wirtschaft Recht und Gesellschaft, Berne 2010, p. 254 s. ; BOHNET/MARIOT (note 16), p. 185.

⁴⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 5.

⁴⁶ KETTIGER (note 39), § 35. L'auteur ne mentionne que la vidéoconférence, car il exclut la téléconférence en raison des risques d'abus liés à la possibilité de rediriger les appels.

tection de l'enfant ou de l'adulte ou de l'instance judiciaire de recours et par téléconférence ou vidéoconférence. Le consentement de la personne concernée n'est pas nécessaire⁴⁷.

[43] Cette solution peut effectivement se justifier lorsque des personnes à risque doivent être entendues. Une audition par téléconférence ou par vidéoconférence est éventuellement plus facile à réaliser qu'une audience impliquant divers intervenants. Le même art. 6 prévoit du reste que les audiences peuvent elles aussi intervenir sous l'une de ces formes.

[44] KETTIGER soutient qu'il est illogique de prévoir qu'une audience de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ou de l'instance judiciaire de recours puisse être menée par téléconférence. Il estime que ces audiences doivent être soumises aux règles générales de l'art. 2 al. 1 de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural qui ne prévoit que le recours à la vidéoconférence et non pas celui à la téléconférence⁴⁸. Il faudrait en effet retenir que seules des auditions peuvent être menées par téléconférence, comme en droit matrimonial.

F. Modalités pratiques

[45] En cas de recours à la vidéoconférence ou à la téléconférence, la communication directe entre tous les acteurs de la procédure doit être garantie. Ainsi, le son et l'image en cas de vidéoconférence ou uniquement le son en cas de téléconférence, doivent parvenir en même temps à l'intégralité des participants (art. 4 let. a ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Si la transmission simultanée ne peut être garantie, la vidéoconférence ou la téléconférence n'atteint pas son but et doit être répétée, reportée ou remplacée par une audience conventionnelle en coprésence physique⁴⁹. De simples problèmes temporaires de communication tels que de légers grésillements, une image de qualité moindre que celle souhaitée mais tout de même acceptable ou même une brève interruption ne devraient pas en revanche entraîner une telle conséquence. La suspension est alors envisageable en cas d'interruption momentanée à condition que l'acteur de la justice ayant été interrompu puisse se prononcer sur ce qu'il aurait éventuellement manqué⁵⁰.

[46] Les cantons sont libres dans la mise en œuvre, le choix de l'infrastructure, du matériel et du logiciel utilisé. Toutefois, la protection et la sécurité des données doivent être garanties (art. 4 let. c ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). En d'autres termes cela signifie notamment que « [...] *la transmission devra être cryptée d'un bout à l'autre* [...] »⁵¹. Le but de ces précautions est d'éviter tout accès, toute participation ou tout enregistrement non autorisé⁵². Il est également requis que le serveur utilisé se trouve en Suisse ou dans l'Union européenne⁵³.

[47] Une liste des outils présentant des garanties suffisantes en termes de protection des données a été élaborée par le délégué à la protection des données du canton de Zurich⁵⁴. Celle-ci a été approuvée par Privatim, la Conférence des préposé(e)s suisses à la protection des données. Elle

⁴⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 7.

⁴⁸ KETTIGER (note 39), § 38.

⁴⁹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 6.

⁵⁰ Dans le même sens : BASTONS BULLETTI (note 15), § 16ca.

⁵¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 6.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.* Voir également <https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/digitale-zusammenarbeit.html>.

comprend des outils utiles dans différents domaines qui ne sont pas tous étudiés spécifiquement pour une utilisation par la justice. Il est d'ailleurs précisé qu'ils ne conviennent pas tous à la transmission de données personnelles. En raison de la situation urgente à laquelle nous devons faire face, cette liste contient également des produits dont l'étude relative aux garanties de protection des données n'a été que sommaire. Partant, l'organisme public qui souhaite utiliser l'un de ces outils ne le pourra qu'après avoir effectué une analyse concrète des risques selon les critères de la législation sur la protection des données, car il engage la responsabilité de l'Etat en cas de difficultés⁵⁵.

[48] Les outils suivants figurent sur la liste susmentionnée et permettent la vidéoconférence⁵⁶ :

- My meeting⁵⁷ : plateforme de conférence vidéo dont le centre de données sécurisé est situé en Suisse.
- Jitsi⁵⁸ : programme de messagerie instantanée et de téléphonie (vidéo) qui peut être installé sur un serveur suisse.
- Confluence⁵⁹ : plateforme de collaboration d'équipe en ligne qui peut être installée sur son propre serveur.

[49] Bien que ces outils soient mentionnés dans cette liste, il semble qu'à l'heure actuelle aucun outil informatique accessible au public ne garantisse le cryptage d'image d'un bout à l'autre lorsqu'il y a plus de deux participants⁶⁰.

[50] Cette liste ne contient que des recommandations, les organismes publics sont donc libres de s'en écarter et de choisir un autre outil après s'être assurés que celui-ci apporte des garanties suffisantes en matière de protection des données. Que l'organisme public choisisse un outil figurant sur la liste susmentionnée ou un autre, en cas d'accès indus aux données, une action en responsabilité pourrait être intentée contre l'Etat.

[51] Skype Entreprise tout comme Teams ne font pas partie de la liste susmentionnée. Le premier outil est un produit issu de la filiale Skype Communications SARL basée au Luxembourg du groupe Microsoft corporation⁶¹. Il peut être exploité sur son propre serveur⁶² et est utilisé tant par des tribunaux allemands⁶³ que suisses⁶⁴. Avant son utilisation, il faut se renseigner auprès

⁵⁵ On consultera à ce titre <https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/digitale-zusammenarbeit.html>.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ On consultera à ce titre <https://www.mymeeting.ch/de/conference>.

⁵⁸ On consultera à ce titre <https://jitsi.org/>.

⁵⁹ On consultera à ce titre <https://www.atlassian.com/de/software/confluence>.

⁶⁰ KETTIGER (note 39), § 47.

⁶¹ Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Berliner Datenschutzbeauftragte zur Durchführung von Videokonferenzen während der Kontaktbeschränkungen, in : Datenschutz Berlin (datenschutz-berlin.de), Allemagne 2020, https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2020-BlnBDI-Empfehlungen_Videokonferenzsysteme.pdf (15 mai 2020), p. 4.

⁶² KETTIGER (note 39), § 50.

⁶³ *Id.*, § 12; ANNELIE KAUFMANN, Richter, Anwalt und Zeuge beim Skype-Chat, Legal Tribune Online, 2 janvier 2020, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/online-verhandlung-zivilverfahren-128a-zpo-videokonferenz-skype-zivilprozess/> (15 mai 2020).

⁶⁴ On consultera à ce titre <https://www.srf.ch/news/regional/aargau-solothurn/video-einvernahmen-ein-digitaler-schub-fuer-die-justiz>.

du prestataire afin de s'assurer qu'il ne recourt pas à des prestataires de services non européens ou qu'il n'agit pas uniquement en qualité de revendeur de services d'une société mère qui, elle, en l'occurrence, est américaine, ou encore qu'il n'externalise pas une partie importante du service auprès de sociétés non européennes du même groupe de sociétés⁶⁵.

[52] Le second outil est issu directement du groupe Microsoft corporation, basé aux Etats-Unis⁶⁶. La confidentialité des données traitées ne peut pas y être garantie, raison pour laquelle le recours à Teams n'est pas recommandé⁶⁷.

G. Voies de droit

[53] En cas de survenance d'un dysfonctionnement technique, qui plus est d'un système qui n'est pour l'heure pas encore maîtrisé, celui-ci ne doit pas engendrer de conséquences négatives pour la partie. Cette dernière peut dès lors requérir le report ou le renouvellement de la vidéoconférence ou de la téléconférence ou même que celle-ci soit tenue en présentiel. Une requête immédiate s'impose en vertu du principe de la confiance (art. 52 CPC). Si le tribunal maintient la tenue de l'audience malgré tout ou refuse son renouvellement, l'intéressé doit maintenir ses réserves pour s'en prévaloir ultérieurement⁶⁸. Un recours immédiat contre une citation par vidéoconférence n'est envisageable qu'en cas de risque de dommage difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC). Seules des circonstances particulières entrent en ligne de compte (risque pour des secrets⁶⁹ ; problèmes liés au renouvellement d'un témoignage, par exemple sur la possibilité offerte au témoin en cas d'annulation a posteriori de son audition, de nuancer ses propos ou de préparer ses réponses s'il devait être entendu deux fois).

[54] La partie pourrait aussi tenter de refuser de participer à l'audience. Dans l'éventualité où elle ferait ensuite l'objet d'une décision par défaut (art. 147 et 234 al. 1 CPC) ou en cas de radiation de la cause du rôle (art. 234 al. 2 CPC), elle pourrait invoquer une violation du droit par la voie de l'appel ou du recours suivant le prononcé. Si la violation des conditions de l'art. 4 de l'ordonnance sont évidentes, l'acte en question est même simplement nul⁷⁰.

V. Renonciation aux débats

A. Généralités

[55] L'art. 5 de l'ordonnance prévoit que le tribunal peut renoncer à tenir une audience et mener la procédure par écrit lorsque le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence n'est pas possible ou ne peut pas être exigé et qu'il y a urgence, à moins que de justes motifs ne s'y opposent. Pour déterminer la portée de cette disposition, il convient de rappeler la place de l'oralité en procédure civile suisse, puis d'examiner ses effets pour chaque type de procédure.

⁶⁵ Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (note 61), p. 4.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ KETTIGER (note 39), § 49.

⁶⁸ Dans le même sens : BASTONS BULLETTI (note 15), n° 24.

⁶⁹ *Id.*, n° 25a.

⁷⁰ *Id.*, n° 24.

[56] La procédure civile suisse ne connaît pas un schéma rigide oral ou écrit⁷¹. Même l'acte introductif d'instance (art. 62 al. 1 CPC) peut souvent être oral ou écrit. Il en va ainsi de la requête de conciliation (art. 202 al. 1 CPC), de la demande en procédure simplifiée (art. 244 al. 1 CPC) et de la requête en justice initiant la procédure sommaire lorsque la cause est « simple ou urgente » (art. 252 al. 2 CPC). L'adversaire répond parfois par oral, parfois par écrit suivant le type de procédure et l'invitation faite par le juge. Alors que la réponse, comme la demande, est formulée par écrit en procédure ordinaire (art. 222 CPC), elle sera soit orale, soit écrite selon la décision du juge en procédure de conciliation (art. 202 al. 3 et 4 CPC) et en procédure sommaire (art. 253 CPC). En procédure simplifiée, elle sera orale en cas de demande non motivée (qu'elle soit orale ou écrite) et écrite si elle est motivée (art. 245 CPC).

[57] De manière schématique, on peut considérer que la *conciliation* est tournée vers l'oralité, puisque si elle fixe la litispendance (art. 62 al. 1 CPC), elle vise avant tout l'émergence d'une solution au travers d'un débat en présence des parties (art. 201 al. 1, 204 al. 1 CPC). Il en va en principe de même de la *procédure simplifiée*, pour laquelle l'audience, possiblement unique (art. 246 al. 1 CPC), intervient généralement après un seul échange d'écritures (art. 245 al. 2 CPC). En revanche, la *procédure sommaire* est plutôt envisagée comme une procédure écrite, centrée sur des preuves par titre (art. 254 CPC) et la prise en compte d'arguments écrits des parties (art. 256 al. 1 CPC). Mais rien n'empêche le juge de favoriser l'oralité aussi en procédure sommaire (art. 253, 256 al. 1 CPC), et elle s'impose en matière de mesures protectrices de l'union conjugale et provisionnelles de divorce (art. 273, 276 al. 1 CPC). La *procédure ordinaire* combine l'écrit et l'oralité. Après une phase écrite substantielle (art. 221 ss CPC : échange des écritures) permettant de fixer de manière précise les affirmations et dénégations des parties, elle comprend des débats oraux lors desquels les preuves sont administrées et les plaidoiries prononcées et qui peuvent parfois comprendre plusieurs audiences s'étalant dans le temps (art. 226, 228 ss CPC).

[58] La marge de manœuvre du juge en matière d'organisation de procès lui permet donc de privilégier l'écrit, partiellement ou exclusivement, suivant les procédures. Il convient d'examiner chaque type de procédure pour déterminer la portée des aménagements prévus par l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural.

B. Procédure de conciliation

[59] La requête de conciliation peut être très simplement formulée (art. 202 al. 2 CPC). Une communication orale au greffe (art. 200 al. 1 CPC) pourrait en revanche se révéler impossible en cas de fermeture de l'autorité. Une dictée par téléphone⁷² n'est pas envisageable a priori, faute de possibilité de vérifier son auteur. Et si celui-ci peut transmettre par email une carte d'identité, il devrait être capable de rédiger sa requête par écrit, même très simplement.

[60] Une prise de position écrite n'intervient généralement pas en procédure de conciliation. L'art. 202 al. 4 CPC prévoit cependant que l'autorité « [...] peut ordonner à titre exceptionnel un échange d'écritures préalable, si une proposition de jugement au sens de l'art. 210 ou une décision au sens de l'art. 212 est envisagée dans les litiges visés à l'art. 200 ». Diverses autorités ont cependant

⁷¹ Pour des développements, voir FRANÇOIS BOHNET, Des formes écrite et orale en procédure civile suisse, RDS 2012 I 451 ss.

⁷² CR CPC-BOHNET, art. 252 N 6. Voir aussi pour la procédure simplifiée : CR CPC-TAPPY, art. 244 N 9 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 244 N 11.

pour pratique d'inviter le défendeur à déposer ses observations avant l'audience. Cette manière de faire permet de préparer l'audience et n'est pas critiquable dès lors que l'absence de réponse demeure sans conséquence procédurale.

[61] L'audience est évidemment au cœur du processus de conciliation, son but étant de trouver une solution au litige en présence des parties. Les parties ne peuvent renoncer à cette audience. L'autorité ne peut pas dispenser le demandeur de sa présence à l'audience alors même que le défendeur aurait annoncé son absence. Une autorisation de procéder délivrée dans ces circonstances ne serait pas valide⁷³. Rien n'exclut, nous l'avons vu⁷⁴, que cette audience soit tenue par vidéoconférence si les parties y consentent ou en cas d'urgence ou d'autres justes motifs, par exemple l'implication d'une personne à risque (art. 2 al. 1 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Mais il faut être conscient du fait que si les parties ne sont pas de très bonne composition, proches d'un accord ou au contraire d'avis que cette audience n'est qu'une formalité permettant de passer à la phase suivante, l'exercice pourrait être assez décevant. La vidéoconférence, comme le téléphone, est souvent peu adaptée dans les situations de stress, de tensions et d'émotions.

[62] L'art. 5 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural ne prévoit pas en revanche de renoncer purement et simplement à l'audience. C'est logique : on voit mal comment le processus de conciliation pourrait intervenir par écrit.

C. Procédure ordinaire

[63] Après un premier échange d'écritures (art. 221–224 CPC), le tribunal peut ordonner un second échange (art. 225 CPC), qui réalise la double possibilité d'alléguer et de proposer ses preuves, garantie en procédure ordinaire⁷⁵. Cette solution permet d'éviter d'éventuels *débats d'instruction* (art. 226 CPC) ou d'en circonscrire la portée. Si le tribunal juge de tels débats utiles, le cas échéant après un simple échange, l'art. 2 al. 1 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural lui offre la possibilité de proposer aux parties qu'elle se tienne par vidéoconférence, voire même de l'imposer en cas d'urgence ou d'autres justes motifs, par exemple l'implication d'une personne à risque.

[64] Les débats principaux, dont l'étendue peut être circonscrite en cas de double échange écrit et de notification préalable d'une ordonnance de preuves (art. 154 CPC) peuvent eux aussi se tenir par vidéoconférence en vertu de l'art. 2 al. 1 et 2 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, y compris pour l'audition des témoins et d'un éventuel expert⁷⁶. A noter que l'art. 3 de l'ordonnance semble exclure les *audiences matrimoniales* par vidéoconférence et n'autoriser que les auditions des parties par ce biais ou par téléconférence, ce qui semble peu cohérent⁷⁷.

[65] Si le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence « *n'est pas possible ou ne peut pas être exigé et qu'il y a urgence, à moins que de justes motifs ne s'y opposent* » (art. 5 al. 1 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), la procédure peut être menée par écrit. Cela permet de renoncer aux premières plaidoiries (art. 228 CPC) et d'imposer des plaidoiries écrites

⁷³ TF 4A_416/2019 destiné à la publication, RSPC 2020 130 ss, p. 130 ss avec note de GUILLAUME JÉQUIER, p. 139 ss.

⁷⁴ Supra, § 24.

⁷⁵ ATF 140 III 312, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538 ss, p. 538 ss.

⁷⁶ Supra, § 29 ss.

⁷⁷ Supra, § 36.

(art. 232 al. 2 CPC), mais non à notre sens de renoncer à des preuves en violation de l'art. 152 al. 1 CPC. De deux choses l'une : soit la preuve est écartée par appréciation anticipée, soit une audience physique ou par vidéoconférence doit être tenue.

[66] Comme exemples de justes motifs, l'OFJ mentionne la participation d'une partie sans mandataire professionnel ne disposant pas de connaissances juridiques ou le fait que le juge doit interpellé les parties, rendant une audience nécessaire⁷⁸.

[67] Les parties disposent ensuite des voies de recours (appel ou recours) pour une suite de procédure pouvant intervenir exclusivement par écrit (art. 316 al. 1 CPC ; art. 327 CPC), y compris devant le Tribunal fédéral.

D. Procédure simplifiée

[68] L'audience est un élément central de la procédure simplifiée (art. 245 et 246 CPC). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler que celle-ci s'impose sauf renonciation éclairée des parties (art. 333 CPC, par renvoi de l'art. 219 CPC)⁷⁹. En particulier, il faut rappeler aux parties non représentées leur droit à des débats oraux et indiquer au minimum que faute de requérir de tels débats dans un certain délai, une décision interviendra.

[69] En cas de demande non motivée, le juge cite les parties aux débats (art. 245 al. 1 CPC). Afin de d'ores et déjà circonscrire le litige et de limiter les débats oraux, le tribunal devrait pouvoir invoquer l'art. 246 al. 2 CPC au vu des circonstances sanitaires et ordonner un échange d'écritures, ce qui signifie requérir du demandeur un acte motivé⁸⁰. Si la demande est motivée, le tribunal notifie la demande au défendeur en lui fixant un délai pour répondre (art. 245 al. 2 CPC). Un deuxième échange n'est pas exclu, suivant les circonstances⁸¹. Il aurait pour avantage de circonscrire les allégués des parties, celles-ci ayant le droit d'alléguer et de proposer des preuves à deux reprises en procédure ordinaire et simplifiée⁸². Il convient de réserver les procédures simplifiées soumises à la maxime inquisitoire (art. 296 al. 1 CPC) ou inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC) pour lesquels les faits et les preuves peuvent être complétés jusqu'à l'entrée en délibération (art. 229 al. 3 CPC).

[70] Une fois les échanges terminés, le juge peut suggérer un prononcé sur pièces si l'audition de témoins ou des parties n'est pas demandée ou s'il la refuse par appréciation anticipée. Si les parties souhaitent une audience pour leurs plaidoiries ou si leur audition ou celle de témoins doit intervenir, une audience par vidéoconférence peut intervenir si les parties y consentent, ou si l'urgence ou un autre juste motif le commande, par exemple l'implication d'une personne à risque (art. 2 al. 1 et 2 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Si la vidéoconférence « *n'est pas possible ou ne peut pas être exigée et qu'il y a urgence, à moins que de justes motifs ne s'y opposent* » (art. 5 al. 1 ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), la procédure peut être menée

⁷⁸ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 6.

⁷⁹ ATF 140 III 450 c. 3.2, RSPC 2014 540 ss, p. 540 ss.

⁸⁰ Voir FRANÇOIS BOHNET, *Écritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social*, in : Bohnet/Dupont (édit), *Le procès civil social*, Neuchâtel et Bâle 2018, p. 37 N 19.

⁸¹ ATF 140 III 450, c. 3.2 ; BOHNET (note 80), p. 42 N 33.

⁸² ATF 144 III 117 c. 2.2 ; 140 III 450 c. 3.2.

par écrit en dérogation à l'art. 245 CPC. Comme en procédure ordinaire⁸³, des plaidoiries écrites peuvent donc être imposées, mais en revanche le droit à la preuve doit être garanti. Parmi les justes motifs s'opposant à une procédure conduite par écrit, on peut penser en procédure simplifiée parfois conduite sans mandataire professionnel, aux difficultés pour une partie de procéder par écrit, pour des questions de langue par exemple⁸⁴.

E. Procédure sommaire

I. Principes

[71] La procédure sommaire peut être entièrement menée par écrit⁸⁵. Le requérant, si l'accès au tribunal n'est pas envisageable pour des raisons sanitaires, déposera sa requête par écrit, le cas échéant en remplissant l'un des formulaires prévus par la Confédération⁸⁶ ou le canton. Comme mentionné dans nos développements sur la procédure de conciliation, une communication par téléphone⁸⁷ n'est pas envisageable a priori, faute de possibilité de vérifier son auteur. Le juge fixera ensuite un délai de réponse par écrit, ce qui peut d'ores et déjà correspondre à sa pratique, ou à une mesure qu'il prend compte tenu du COVID-19. Une fois la prise de position du défendeur transmise au demandeur, et sous réserve d'un deuxième échange accordé par le juge (mais non garanti en procédure sommaire⁸⁸) et de l'exercice du droit de réplique inconditionnel⁸⁹, le juge peut rendre sa décision et la notifier par écrit. L'art. 256 al. 1 CPC n'exige pas d'audience et l'art. 6 CEDH n'en impose pas en principe⁹⁰, car il s'agit généralement de causes « [...] *qui ne soulèvent pas de question de fait ou de droit qui ne puisse être résolue adéquatement sur la base des actes ou des prises de position écrites des parties* »⁹¹.

[72] Si une partie demande l'audition de témoins et l'interrogatoire des parties, moyens de preuve qui ne sont pas exclus par principe en procédure sommaire, le juge pourra généralement refuser cette preuve, au vu des critères fixés à l'art. 254 al. 2 CPC, et par appréciation anticipée⁹².

[73] Dès lors, pour les procédures sommaires, et sous réserve de dispositions spéciales (p. ex., art. 168 LP en matière de faillite), nul besoin d'avoir recours à l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural pour organiser une procédure entièrement par écrit. Si une audience ou une audition devait se révéler indispensable dans une situation particulière, et à défaut de l'organiser selon les modalités habituelles, la vidéoconférence voire la téléconférence en cas d'audition

⁸³ Supra, § 63 ss.

⁸⁴ Voir aussi supra, § 67.

⁸⁵ Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 7.

⁸⁶ On consultera à ce titre <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/publiservice/zivilprozessrecht/parteingaben/formulare.html>.

⁸⁷ CR CPC-BOHNET, art. 252 N 6. Voir aussi pour la procédure simplifiée : CR CPC-TAPPY, art. 244 N 9 ; BSK ZPO-MAZAN, art. 244 N 11.

⁸⁸ ATF 144 III 117 c. 2.2 ; 145 III 428 c. 3.5.2.

⁸⁹ TF 4A_328/2019 c. 3.4.2, destiné à la publication, et les réf. : « *ce droit existe indépendamment du fait que le CPC prévoie ou non l'opportunité de prendre position sur l'argumentation de la partie adverse ou que le tribunal ordonne ou non un second échange d'écritures* ».

⁹⁰ TF 5D_141/2014, RSPC 2015 207 ss, p. 207 ss.

⁹¹ TF 5D_181/2011, RSPC 2012 348 ss, p. 348 ss.

⁹² Sur la notion : TF 2C_733/2012, RSPC 2013 234 s, p. 234 s.

dans le cadre de procédures matrimoniales ou dans le cadre de procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte pourrait alors intervenir si les conditions sont respectées.

II. Droit des poursuites

[74] Les principes qui précèdent valent par exemple pour les procédures de *mainlevée provisoire* et *définitive*, qui dans de nombreux cantons se déroulent en tout temps dans une procédure exclusivement écrite, et qui peuvent être adaptées à ce modèle dans les autres.

[75] En matière de *faillite* en revanche, et faute de dérogation prévue à l'art. 5 de l'ordonnance pour l'art. 168 LP, c'est la vidéoconférence qui s'impose faute d'audience avec présence physique, en vertu de l'urgence. L'organisation d'une telle vidéoconférence pourrait cependant se révéler compliquée dans un tel domaine, où le défaut est fréquent. Il semblerait donc préférable de maintenir les audiences avec présence physique, sauf requête spécifique de la personne concernée.

III. Mesures protectrices de l'union conjugale et provisionnelles de divorce

[76] Les mesures protectrices de l'union conjugale et provisionnelles de divorce comprennent en principe une audience, lors de laquelle les parties sont entendues. L'art. 273 al. 1 CPC (qui vaut en mesures provisionnelles de divorce par le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC) ne prévoit d'y renoncer que s'il résulte des allégués des parties que l'état de fait est clair ou incontesté, ce qui représente l'exception dans ce type d'affaires. Des *mesures superprovisionnelles* ne sont pas exclues en revanche⁹³, en particulier pour le blocage de comptes ou d'immeubles, mais non en principe pour le versement de contributions d'entretien⁹⁴. A notre sens, dès l'instant où le juge donne la possibilité à l'adversaire de se prononcer, il s'agira non plus de mesures superprovisionnelles, mais d'un *prononcé intermédiaire*, pouvant être ensuite modifié⁹⁵.

[77] D'après l'art. 3 de l'ordonnance, seules les auditions (par exemple pour régler le sort des enfants, art. 297 CPC) peuvent être conduites par vidéoconférence ou par téléconférence, et non les audiences comme telles, ce qui est peu compréhensible⁹⁶. L'OFJ précise que l'audition des enfants n'est en revanche pas possible par ce biais⁹⁷, ce qui est discutable. En revanche, l'art. 5 de l'ordonnance, qui prévoit qu'il puisse être renoncé à la vidéoconférence ou à la téléconférence lorsque ni l'une ni l'autre n'est possible ou ne peut être exigée et qu'il y a urgence, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, cite expressément l'art. 273 CPC. Il semble dès lors que le juge pourrait renoncer à l'audience et statuer sur la base des prises de position écrites des parties et des documents et rapports versés au dossier, concernant tant les questions financières que celles relatives à la prise en charge des enfants.

⁹³ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 N 27, et les réf. ; CR CPC-TAPPY, art. 273 N 14 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (note 9), p. 6.

⁹⁴ Controversé, voir CR CPC-TAPPY, art. 273 N 14.

⁹⁵ CPra Matrimonial-BOHNET, art. 273 N 27 et 29, avec renvoi à l'ATF 139 III 86, c. 1.1.2.

⁹⁶ Supra, § 35 s.

⁹⁷ Supra, § 41.

VI. Conclusion

[78] L'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural tente de répondre aux difficultés engendrées par la crise sanitaire actuelle en matière de tenue d'audiences et d'auditions en autorisant à certaines conditions des solutions techniques alternatives ou la renonciation aux débats.

[79] Le respect des recommandations de l'OFSP a contraint les tribunaux à prendre certaines mesures afin d'assurer la tenue d'audiences en présentiel. Certains sites, déjà équipés et dont les juges étaient enclins à recourir à la vidéoconférence ou à la téléconférence, ont recouru à ces outils malgré les difficultés techniques et l'effort demandé. La protection et la sécurité des données demeurent cependant une problématique centrale. En raison de l'urgence de la situation, un système interne aux tribunaux n'a pas pu être mis en place et, faute de mieux, les tribunaux et autorités souhaitant recourir à la vidéoconférence ou à la téléconférence ont dû se tourner vers des outils commerciaux avec tous les risques que cela implique. Ces essais – voire même ces nouvelles pratiques – susciteront immanquablement d'autres questions à résoudre au moment d'envisager l'introduction définitive de la vidéoconférence en procédure civile suisse. En revanche, la téléconférence devrait probablement être évitée en raison des risques liés au manque de garantie quant à l'identification de l'interlocuteur.

[80] La renonciation aux débats, telle qu'elle est prévue par l'ordonnance, a pour but de permettre l'avancement des procédures alors même que ni une audience en présentiel, en vidéoconférence ou encore en téléconférence ne peut être tenue. Suivant le type de procédure, la composante orale du procès diffère, parfois selon la pratique des tribunaux. L'impact de l'ordonnance pourrait donc dépendre grandement de la cause concernée et du tribunal saisi.

Prof. Dr. iur. FRANÇOIS BOHNET, Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat.

SANDRA MARIOT, Collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel, titulaire du brevet d'avocate.

Cette contribution s'inscrit dans le projet e-procès civil, financé par le FNS.