

ANWALTS [9|2020] REVUE DE L'AVOCAT

PATRICK SUTTER

Gerichte und Anwaltschaft –
vereinigt Euch! SEITE / PAGE 342

FRANÇOIS BOHNET

Allégations et contestations: la dialectique
procédurale SEITE / PAGE 346

JOËLLE BECKER / STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD /
AURÉLIE CONRAD HARI / SANDRINE GIROUD / AYLIN GÜNEY KING /
MITRA SOHRABI

COVID-19: Audiences par
vidéoconférence et justice
digitale SEITE / PAGE 357



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	339
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	341
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Patrick Sutter Gerichte und Anwaltschaft – vereinigt Euch!	342
François Bohnet Allégations et contestations: la dialectique procédurale	346
René Müller Enteignung und Entschädigung bei Lärmschutzmassnahmen des Kantons	351
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Joëlle Becker / Stéphanie Chuffart-Finsterwald / Aurélie Conrad Hari / Sandrine Giroud / Aylin Güney King / Mitra Sohrabi	
COVID-19: Audiences par vidéoconférence et justice digitale	357
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	368
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Francesco Canonica Bundesgerichtsentscheid zu Verkehrswerten bei Baurecht	377
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	382

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
23. Jahrgang 2020 / 23^e année 2020
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Kochergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2.5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est proté-
gée par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

COVID-19: AUDIENCES PAR VIDÉO-CONFÉRENCE ET JUSTICE DIGITALE

JOËLLE BECKER

Dre en droit, avocate au barreau de Genève, sigma legal

STÉPHANIE CHUFFART-FINSTERWALD

Dre en droit, LL. M., avocate au barreau de Genève, sigma legal, présidente de la Commission Innovations et Modernisation du Barreau (CIMBAR) de l'Ordre des avocats de Genève

AURÉLIE CONRAD HARI

Avocate au barreau de Genève, Bär & Karrer SA, modératrice du Forum Résolution des litiges de l'Ordre des avocats de Genève

SANDRINE GIROUD

LL. M., avocate au barreau de Genève, LALIVE SA, membre du Conseil de l'Ordre des avocats de Genève

AYLIN GÜNEY KING

LL. M., avocate au barreau de Genève, Bonnard Lawson

MITRA SOHRABI

Avocate au barreau de Genève, Keppeler Avocats

Mots-clés: COVID-19, justice digitale, e-Justice, audience par vidéoconférence, droits procéduraux

La crise sanitaire liée à la COVID-19 a bouleversé la justice et a nécessité une adaptation des outils judiciaires parmi lesquels la possibilité de tenir des audiences par vidéoconférence au-delà du cadre légal existant, comme le permet temporairement l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural. La tenue d'audiences par vidéoconférence est un avantage, notamment en présence de parties ou de témoins à l'étranger. Ce pas supplémentaire vers la digitalisation de la justice soulève toutefois des questions importantes de respect des garanties de procédure, de protection des données, de secret professionnel et de déshumanisation.

I. Introduction

La crise sanitaire liée à la COVID-19 a permis de tester les limites d'adaptation de notre profession et celles de la justice, de même qu'elle a mis en évidence les forces et les faiblesses du système judiciaire et légal. Cette situation soulève une série de questions, notamment juridiques, organisationnelles et logistiques. Certaines d'entre elles se posaient déjà auparavant, notamment celle de la digitalisation de la justice, mais la crise actuelle a souligné leur importance et la nécessité d'y répondre dans les meilleurs délais afin d'assurer l'avenir de la profession d'avocat et un accès à la justice pour tous aux meilleures conditions.

L'e-Justice est au cœur de cette réflexion, de même que les mesures prises tant pour la mettre en œuvre que pour l'encadrer. Si les communications électroniques entre les

parties avec les autorités judiciaires ainsi que la consultation électronique des dossiers et leur archivage électronique¹ faisaient déjà l'objet du projet Justitia 4.0², le contexte actuel d'un premier semi-confinement et de mesures de distanciation sociale généralisées a surtout accentué la nécessité de procéder à des audiences par vidéoconférence. Ces nouveaux outils offrent des possibilités inédites pour

¹ STEPHAN JAU, E-Justice: Quo vadis?, REAS 2019, p. 79; ARABELLA RYSER, Swiss Justice in Comparison, An Outline of the Swiss Judicial System According to the Approach by Devlin and Dodek, Berne 2018, p. 72.

² Site internet de Justitia 4.0, <<https://www.justitia40.ch/fr/pourquoi-justitia-4-0/>> (consulté le 27. 7. 2020).

le déroulement des procédures judiciaires mais ils ne sont pas sans risque. Les avantages et désavantages de procédures par vidéoconférence doivent en effet être examinés à l'aune des principes fondamentaux de la garantie de l'accès au juge, du droit à un procès équitable, de la publicité de la procédure, de la protection et de la sécurité des données, de l'efficacité de la justice, de même que de l'importance de maintenir une justice «à visage humain».

Conscient de la nécessité d'élargir les moyens à disposition des autorités judiciaires et des justiciables en ces temps de crise sanitaire, le Conseil fédéral a édicté l'Ordonnance 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)³ permettant, pour une durée limitée et à certaines conditions, la tenue d'audiences par téléconférence ou vidéoconférence afin de pallier les difficultés organisationnelles liées aux mesures sanitaires de distanciation sociale. La mise en œuvre de cette ordonnance revient toutefois aux cantons qui ont la charge de se doter des infrastructures nécessaires et d'adopter des protocoles d'utilisation.

Sans viser à l'exhaustivité, cette contribution examine les défis et les opportunités résultant de la tenue d'audiences par vidéoconférence (à l'exclusion de la téléconférence). Nous commencerons par une mise en contexte à l'aide de statistiques illustrant l'impact de la crise sanitaire sur la tenue d'audiences en Suisse et à l'étranger (II). Nous présenterons ensuite le cadre légal pour la tenue d'audiences par vidéoconférence dans le cadre des filières civile et pénale (à l'exclusion de la filière administrative), que ces procédures soient suisses ou internationales (III). Une fois ce bilan établi, nous examinerons plus particulièrement les enjeux procéduraux que pose la tenue d'audiences par vidéoconférence et les modalités pratiques à considérer (IV).

II. Quelques chiffres en Suisse et à l'étranger

Les récentes statistiques genevoises montrent l'importance de la crise sanitaire sur la pratique judiciaire. Le procureur général de Genève a ainsi estimé à 2400 le nombre d'audiences à rattraper et une hausse probable des litiges liés à la pandémie⁴. À titre indicatif, dans son rapport d'activité 2019, le Pouvoir judiciaire genevois faisait état de la tenue de 5559 audiences pénales devant le Ministère public (hors permanence des arrestations) et plus de 6800 audiences convoquées par le Tribunal civil en 2019⁵. Dans ce contexte, l'Ordre des avocats de Genève s'est mobilisé dès le début de la pandémie pour établir un contact constructif avec le Pouvoir judiciaire afin d'accompagner la reprise de la justice et s'est particulièrement engagé pour la mise en œuvre des audiences par vidéoconférence afin d'offrir un moyen supplémentaire d'accès à la justice pour les professionnels du droit et les justiciables. À ce jour, plusieurs audiences test et réelles se sont tenues, tant dans le cadre de la filière civile que de la filière pénale. Ces démarches ont été présentées lors d'un webinaire, disponible en ligne, organisé le 23.6.2020 par l'Ordre des avocats de Genève

avec la participation de magistrats du Pouvoir judiciaire à l'issue duquel a été présentée une audience test⁶.

Si la justice genevoise et la justice suisse dans son ensemble se sont retrouvées dans une large mesure paralysées dans les semaines qui ont suivi l'annonce du semi-confinement en Suisse le 16.3.2020, d'autres juridictions ont démontré des facultés d'adaptation remarquables et quasi immédiates⁷. En Angleterre par exemple, la justice digitale a pris le relais dès l'annonce du confinement le 26.3.2020. Dans les jours qui ont immédiatement suivi le confinement, plusieurs centaines d'audiences se tenaient déjà quotidiennement par vidéoconférence, que ce soit par téléconférence ou vidéoconférence⁸. À fin mars, 85% des audiences se tenaient par voie digitale et ce pourcentage est monté jusqu'à 90% en avril⁹. Les audiences tenues par vidéoconférence sont ainsi passées de 750 par jour à fin mars à 1250 à fin avril¹⁰. De telles facultés et une telle rapidité d'adaptation résident certainement dans le fait que cette juridiction avait déjà recours à ce type d'audiences digitales avant la survenance de la crise sanitaire, de sorte que la transition a pu s'effectuer de manière naturelle, les magistrats, comme les avocats, disposant déjà d'une certaine habitude de cette pratique (généralement limitée auparavant à des audiences formelles ou à des audiences ciblées). Ainsi, la justice anglaise a continué d'opérer à un rythme quasi inchangé assurant le déroulement des procédures. Si les statistiques anglaises contrastent singulièrement avec les statistiques genevoises annonçant des retards conséquents dans le traitement des procédures consécutifs aux annulations d'un nombre vertigineux d'audiences, le Pouvoir judiciaire genevois a fait preuve d'une réactivité et d'une faculté d'adaptation qui doivent également être relevées. Outre les mesures prises au sein des juridictions civile et pénale notamment quant à

³ RS 272.81.

⁴ *Le Temps*, Comment le Covid-19 a chamboulé la justice genevoise, 23.6.2020.

⁵ Commission de gestion du Pouvoir judiciaire, Compte rendu de l'activité du Pouvoir judiciaire en 2019, juin 2020, <http://ge.ch/justice/sites/default/files/justice/common/Rapports/Comptes_rendus/Compte_rendu_activite_PJ_2019.pdf> (consulté le 27.7.2020).

⁶ Procédure par vidéoconférence et justice digitale – réflexions pratiques et organisationnelles à la lumière de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, <<https://www.odage.ch/formation-permanente/conferences/conference/procedure-par-videoconference-et-justice-digitale-reflexions-pratiques-et-organisationnelles-a-la-lumiere-de-l-ordonnance-covid-19-justice-et-droit-procedural>> (consulté le 23.8.2020).

⁷ Plusieurs juridictions ont mis en œuvre le recours à des moyens digitaux pour la tenue des audiences. Pour un aperçu de diverses initiatives et mises en œuvre, voir <<https://remotecourts.org/>> (consulté le 23.8.2020).

⁸ HM Courts and Tribunals Service, Courts and tribunals data on audio and video technology use during coronavirus outbreak, <https://www.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals-data-on-audio-and-video-technology-use-during-coronavirus-outbreak?utm_medium=email&utm_source=>> (consulté le 23.8.2020).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

la gestion des délais de procédure, il a également entrepris d'organiser la tenue d'audiences par vidéoconférence.

À l'évidence, le recours à la justice digitale est voué à se développer au-delà de la crise sanitaire. Si l'application de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural est limitée dans le temps, le projet de modification du Code de procédure civile (P-CPC)¹¹ actuellement en cours de discussion au Parlement envisage de nouveaux moyens élargissant le recours à la vidéoconférence pour l'audition de témoins¹² ou l'interrogatoire et la déposition des parties¹³. L'Union européenne (UE) va également dans ce sens et a lancé, le 30.7.2020, une procédure de consultation sur la digitalisation de la justice afin de créer un cadre réglementaire pour son développement et favoriser l'efficacité de la justice de même que la coopération entre les États membres¹⁴. Nul doute que les acteurs du monde judiciaire devront s'adapter à ces nouveaux modes d'audiences et que cette évolution pourrait s'accélérer, alors que la récente crise sanitaire se prolonge.

III. Cadre légal et réglementaire

1. Procédure civile, Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural et entraide en matière civile

En l'état, le Code de procédure civile (CPC)¹⁵ prévoit la possibilité pour le tribunal d'enregistrer des dépositions et, le cas échéant, de renoncer à lire le procès-verbal ou à le remettre au témoin pour lecture et signature. Les enregistrements doivent être versés au dossier (art. 176 CPC). Cela vaut tant pour les auditions de témoins (art. 170 CPC) que, par analogie, pour les rapports d'experts (art. 187 al. 2 CPC) et l'interrogatoire et la déposition des parties (art. 193 CPC). De l'avis du Conseil fédéral, le droit en vigueur autorise déjà l'utilisation de la vidéoconférence en procédure civile. La crise sanitaire liée à la COVID-19 a toutefois requis des mesures au titre du droit de nécessité afin de préciser à quelles conditions le recours à la vidéoconférence est admissible et peut être ordonné par le tribunal civil¹⁶. C'est sur cette base qu'a été édictée l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural¹⁷, entrée en vigueur le 20.4.2020 et déployant en l'état des effets jusqu'au 30.9.2020. Celle-ci a pour but de permettre le bon fonctionnement de la justice malgré la crise sanitaire. Il n'est toutefois pas exclu que ses effets aient une portée plus large, notamment dans la perspective de la révision du CPC, du fait de l'expérience qu'elle aura permis de développer en lien avec la justice digitale.

L'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural prévoit ainsi qu'en dérogation à l'art. 54 CPC, soit la disposition relative à la publicité des débats, les audiences peuvent être tenues par vidéoconférence lorsque les parties y consentent ou que de justes motifs le commandent, notamment en cas d'urgence. Il est également dérogé aux conditions de forme relatives à l'audition des témoins et à la présentation des rapports d'experts (art. 171, 174, 176 et 187 CPC), afin que celles-ci puissent se faire par vidéoconférence (art. 2 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural).

Dans son commentaire relatif à l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, l'Office fédéral de la justice (OFJ) précise toutefois que la tenue d'une audience par vidéoconférence doit rester l'exception¹⁸. Le consentement des parties semble, en l'état et *de facto*, requis par de nombreuses juridictions. À Genève en particulier, les autorités judiciaires ont indiqué que la pratique était de ne procéder par vidéoconférence qu'avec le consentement des parties, même en présence d'un juste motif permettant la tenue d'une telle audience au sens de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural. En toute hypothèse, les justes motifs permettant d'imposer la tenue d'une audience par vidéoconférence sous l'empire de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural devraient être relativement restreints. Ils pourraient notamment être invoqués en cas d'urgence, ou si la tenue de l'audience par ce biais pourrait être une garantie que l'affaire sera traitée dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 Cst.¹⁹)²⁰. S'agissant de l'audition de témoins et d'experts, il n'est en revanche pas nécessaire d'obtenir le consentement des parties ou des témoins²¹. Une telle proposition a d'ailleurs été formulée par le Conseil fédéral dans le cadre du P-CPC²².

À cet égard, il convient également de relever que le Tribunal fédéral s'est récemment prononcé sur la possibilité d'imposer la tenue d'une audience civile par vidéoconférence en dehors du cadre de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural. Dans un arrêt du 6.7.2020²³, il a en effet annulé un arrêt du Tribunal de commerce du canton de Zurich rendu suite à la tenue, le 7.4.2020, de débats principaux par vidéoconférence. Ceux-ci avaient été ordonnés contre la volonté d'une partie et alors que l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural n'était pas

11 FF 2020 2693.

12 Art. 170a P-CPC.

13 Art. 193 P-CPC.

14 UE, Numérisation de la justice dans l'UE, <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12547-Digitalisation-of-justice-in-the-European-Union->> (consulté le 23.8.2020).

15 RS 272.

16 Commentaire de l'Office fédéral de la justice des dispositions de l'Ordonnance du 16.4.2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural (Commentaire OFJ Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), p. 4 s., <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/coronavirus.html>> (consulté le 23.8.2020).

17 Cette Ordonnance traite des aspects de procédure civile et de poursuite, seul le premier aspect étant pertinent pour la présente contribution.

18 Commentaire OFJ Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, p. 5.

19 RS 101.

20 À noter que le Tribunal fédéral a considéré que la difficulté à trouver une date d'audience ou le principe de célérité ne justifiaient pas la tenue forcée d'une audience de débats d'instruction sur la base du CPC (arrêt du Tribunal fédéral 4A_180/220 du 6.7.2020).

21 *Ibid.*

22 Message du Conseil fédéral et projet de loi du 26.2.2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020 2607 ss.

23 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_180/2020 du 6.7.2020.

encore entrée en vigueur. Le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que le CPC, qui ne conçoit les débats principaux qu'en présence physique des parties et des membres du tribunal, avait été violé. Ni la situation extraordinaire créée par la pandémie ni le principe de célérité (art. 29 al. 1 Cst.) ne permettait de déroger à cette règle. De même, selon le Tribunal fédéral, le Tribunal de commerce ne pouvait anticiper les évolutions législatives prévues par le P-CPC qui propose, comme indiqué, d'autoriser l'audition de témoins par vidéoconférence.

Dans le cadre de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, les procédures relevant du droit matrimonial sont soumises à des règles plus strictes. Des audiences par vidéoconférence nécessitent en effet le consentement des parties mais ne peuvent avoir lieu, en toute hypothèse, si de justes motifs s'y opposent. En cas d'urgence toutefois, elles peuvent exceptionnellement être menées de la sorte sans le consentement des parties (art. 3). L'OFJ précise que cette disposition a pour but de permettre de tenir une audience par téléconférence ou vidéoconférence lors de procédures de protection de l'union conjugale ou de procédures de divorce. Le but est de permettre une prise de décision rapide quand cela est nécessaire²⁴. En revanche, l'audition d'un enfant par téléconférence ou vidéoconférence n'entre pas en ligne de compte. Le risque qu'il soit influencé ou mis en danger est en effet trop important. Dans ce cas de figure, il existera toujours de justes motifs s'opposant à ce type d'audition²⁵.

En ce qui concerne les procédures visant la protection de l'enfant et de l'adulte, celles-ci ne sauraient être retardées en raison de la pandémie. En conséquence, l'art. 6 de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural prévoit que les auditions peuvent être menées par un seul membre ou par une délégation de l'autorité de protection de l'enfant ou de l'adulte ou de l'instance judiciaire de recours, ainsi que par téléconférence ou vidéoconférence.

En toute hypothèse, le tribunal doit tenir compte des moyens techniques à disposition des parties. Dans cette perspective notamment, il ne paraît pas envisageable d'imposer à des parties non assistées d'un avocat la tenue d'audiences par vidéoconférence. Il est en effet impératif qu'un système informatique et logistique permettant d'assurer une communication directe et sans entrave soit mis en place, faute de quoi les actes procéduraux effectués pourraient être remis en question par les parties. L'art. 4 de l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural précise à cet égard les modalités d'une audience par téléconférence ou vidéoconférence. Il convient de veiller (i) à ce que le son et, le cas échéant, l'image parviennent simultanément à tous les participants; (ii) à ce qu'un enregistrement audio et le cas échéant vidéo soit versé au dossier lors d'auditions de témoins ou la présentation de rapports d'experts, respectivement dans les procédures relevant du droit matrimonial et (iii) à ce que la protection et la sécurité des données soient garanties (voir *infra* III.3).

Il est enfin possible pour le tribunal, dans certaines situations, notamment en l'absence de représentant professionnel, de renoncer aux débats et de 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 (art. 5 Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural). Le principe reste toutefois que le caractère oral de la procédure doit être maintenu (art. 6 CEDH²⁶).

À noter enfin que le recours à des moyens techniques tels que la vidéoconférence est déjà possible dans le contexte de l'entraide en matière civile. En effet, l'art. 9 de la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH70)²⁷ prévoit que l'autorité requise doit en principe déférer à la demande de l'autorité requérante sollicitant qu'il soit procédé suivant une forme spéciale, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec la loi de l'État requis, qu'elle ne soit pas possible en raison des usages judiciaires de l'État requis, ou encore que cela n'entraîne des difficultés pratiques importantes. La Conférence de La Haye de droit international privé a par ailleurs récemment publié un guide de bonnes pratiques concernant l'utilisation de la «liaison vidéo» dans le cadre de la CLaH70²⁸.

Le fait que de tels moyens soient déjà utilisés dans le contexte de l'entraide en Suisse démontre qu'aucune difficulté pratique ni aucun usage ne saurait les empêcher et que leur utilisation devrait certainement être favorisée dans ce contexte également. Cela est particulièrement vrai dans la situation sanitaire actuelle, où les voyages sont rendus extrêmement compliqués.

2. Procédure pénale et entraide en matière pénale

La possibilité de tenir des audiences virtuelles en procédure pénale existait déjà avant la crise sanitaire; elle a été introduite par le Code de procédure pénale (CPP)²⁹, entré en vigueur le 1.1.2011. L'art. 144 CPP prévoit ainsi que «le ministère public ou le tribunal compétent peut ordonner une audition par vidéoconférence si la personne à entendre est dans l'impossibilité de comparaître personnellement ou ne peut comparaître qu'au prix de démarches disproportionnées».

L'usage de la vidéoconférence en procédure pénale est autorisé quel que soit le statut procédural de la personne à entendre, qu'elle soit prévenue, personne appelée à donner des renseignements, témoin ou expert, et ce à tous les stades de la procédure. Cependant, la possibilité

²⁴ Commentaire OFJ Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, p. 6.

²⁵ *Id.*, p. 5.

²⁶ RS 0.101.

²⁷ RS 0.274.132.

²⁸ Conférence de La Haye de droit international privé, Guide de bonnes pratiques sur l'utilisation de la liaison vidéo en vertu de la Convention Preuves, 16. 4. 2020, <<https://assets.hcch.net/docs/efdc58e-2176-4030-8d00-1849d70b8e69.pdf>> (consulté le 26. 8. 2020).

²⁹ RS 312.0.

offerte par l'art. 144 CPP concerne principalement les auditions lors de l'instruction, l'idée n'étant pas de mener par vidéoconférence les débats dans leur ensemble, dont l'audience de jugement. Ce mode d'audition est, par ailleurs, subsidiaire. L'autorité pénale dispose ainsi d'une liberté d'appréciation importante sur son utilisation, avant tout dans le but d'éviter des surcharges de travail ou des frais disproportionnés³⁰.

S'agissant des modalités, l'art. 144 al. 2 CPP précise que, lors de l'audition, le son et l'image doivent être enregistrés sur un support et versés au dossier. La tenue d'un procès-verbal d'audition demeure néanmoins obligatoire (art. 76 al. 4 CPP). La déclaration orale de la personne entendue, consignée au procès-verbal et selon laquelle elle a pris acte du procès-verbal, vaut, par ailleurs, signature de celui-ci (art. 78 al. 6 CPP). Lorsque l'audition par vidéoconférence se déroule dans le cadre de débats devant un tribunal, celui-ci peut également exempter la personne entendue de la lecture et de la signature du procès-verbal (art. 78 al. 5^{bis} CPP).

Sur le plan de l'entraide judiciaire, la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)³¹ ne contient aucune disposition relative à l'audition par vidéoconférence. Selon les directives de l'OFJ³², une vidéoconférence demandée par un autre État ne pourra ainsi être autorisée que si une convention internationale liant la Suisse et l'État requérant prévoit cette mesure. Les autorités suisses ne pouvant adresser à un État étranger une demande à laquelle elles ne pourraient donner suite (art. 30 al. 1 EIMP), il n'est pas possible de demander qu'une audition soit menée par vidéoconférence à des États pour lesquels aucune norme conventionnelle ne prévoit cette alternative (par exemple avec les États-Unis), ce qui limite fortement le recours à la vidéoconférence en pratique.

De telles normes existent toutefois à l'art. 9 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (PAII CEEJ)³³, ratifié par la Suisse et entré en vigueur le 1.2.2005, mais également dans un certain nombre de traités bilatéraux³⁴ et multilatéraux³⁵. Selon l'art. 9 PAII CEEJ, la vidéoconférence est principalement prévue pour les auditions de témoins et d'experts. L'audition du prévenu par vidéoconférence est également possible, en cours d'instruction ou de jugement, si l'État concerné s'y est déclaré favorable (art. 9 al. 8 PAII CEEJ). Comme pour l'art. 144 CPP, le PAII CEEJ prévoit l'utilisation de la vidéoconférence de manière subsidiaire, dans le cas où il est inopportun ou impossible de faire comparaître la personne à entendre, et la demande d'entraide doit indiquer la raison pour laquelle une comparution en personne n'est pas souhaitable ou possible (art. 9 al. 1 et 3 PAII CEEJ). Lors de ces audiences virtuelles, le procès-verbal d'audition est tenu par l'autorité requérante pour autant que sa procédure l'exige, l'État requis se contentant d'établir un procès-verbal relatant uniquement le déroulement de l'audience, sans les déclarations du comparant (art. 9 al. 6 PAII CEEJ). Les conventions bilatérales prévoyant le recours à la vidéoconférence reproduisent largement l'art. 9 PAII CEEJ.

3. Protection des données personnelles

L'utilisation de la vidéoconférence implique le traitement de données personnelles et soulève la question de leur respect. Comme toutes les entreprises, les études d'avocats sont soumises au respect de la législation relative à la protection des données personnelles, et en particulier de la Loi sur la protection des données (LPD)³⁶ ainsi que de son Ordonnance (OLPD)³⁷. La LPD et l'OLPD, en cours de révision depuis maintenant près de cinq ans, ont pour objectif de protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données personnelles, à savoir toutes les informations qui se rapportent à une personne (physique ou morale)³⁸ identifiée ou identifiable³⁹. Ces règles s'appliquent au traitement de données effectué par des personnes privées ou des organes fédéraux⁴⁰.

Lors d'une audience, un grand nombre de données personnelles au sens de la LPD (informations relatives aux clients et aux parties adverses notamment) sont traitées, données dont les avocats et leurs études peuvent à juste titre être considérés comme maîtres de fichier (ou responsables de traitement, selon la terminologie utilisée), les soumettant à de nombreuses obligations dont l'analyse sort du cadre du présent article. Il est toutefois utile de rappeler que la loi impose des obligations renforcées⁴¹ en cas de traitement de données dites sensibles, notamment des données personnelles portant sur des poursuites ou des sanctions pénales et administratives⁴². Les obligations relatives à la protection des données doivent s'apprécier parallèlement à celles relatives au secret professionnel (voir *infra* III.4).

Aux règles applicables aux avocats en matière de protection des données s'ajoutent celles s'adressant aux insti-

³⁰ MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit commentaire du code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, N 2 ad art. 144 CPP.

³¹ RS 351.11.

³² OFJ, Circulaire n° 3: Audition par vidéoconférence, 24.10.2013, <<https://www.rhf.admin.ch/dam/rhf/fr/data/strafrecht/wegleitungen/rundschreiben-videokonferenz-f.pdf.download.pdf/rundschreiben-videokonferenz-f.pdf>> (consulté le 23.8.2020).

³³ RS 0.351.12.

³⁴ Notamment avec l'Argentine (RS 0.351.915.4), le Brésil (RS 0.351.919.81), le Mexique (RS 0.351.956.3) et les Philippines (RS 0.351.964.5).

³⁵ Par exemple la Convention des Nations Unies du 31.10.2003 contre la corruption (RS 0.311.56) et la Convention des Nations Unies du 15.11.2000 contre la criminalité transnationale organisée (RS 0.311.54), qui renvoient aux législations nationales.

³⁶ RS 235.1.

³⁷ RS 235.11.

³⁸ Le projet de LPD révisée limite le champ d'application de la loi aux informations relatives à des personnes physiques (art. 2 al. 1 P-LPD, FF 2017 6803), limitation qui est actuellement remise en question dans le cadre de l'examen du projet par le Parlement.

³⁹ Art. 3 let. a LPD.

⁴⁰ Art. 2 al. 1 LPD.

⁴¹ Voir notamment art. 4 al. 5 LPD et 7 al. 1 LPD *cum* 8 LPD.

⁴² Art. 3 let. c LPD.

tutions publiques cantonales. À Genève, la Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD)⁴³ régit l'information relative aux activités des institutions et la protection des données personnelles⁴⁴. La LIPAD s'applique au Pouvoir judiciaire⁴⁵ et consacre, comme la LPD, les principes du droit de la protection des données⁴⁶, y compris la sécurité des données personnelles⁴⁷. Tant la LPD que la LIPAD posent des restrictions quant à la communication de données personnelles à des tiers ainsi qu'à la communication transfrontière des données personnelles⁴⁸.

En ce qui concerne les audiences par vidéoconférence, il est ainsi essentiel d'opter pour des systèmes techniques prévoyant un haut niveau de sécurité (en particulier accès par mot de passe et cryptage de bout en bout), une collecte minimale des données utilisateurs et un hébergement des données en Suisse (ou au minimum dans un État d'une législation assurant un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD). Ces contraintes techniques sont un véritable défi à mettre en œuvre et l'expérience genevoise montre que les autorités judiciaires cantonales n'ont pas de solutions clé en main satisfaisantes⁴⁹ mais doivent plutôt composer avec différents systèmes, respectivement prestataires, voire considérer la création d'une solution propre permettant d'assurer la qualité de la transmission, la facilité d'utilisation, l'obligation d'enregistrement et le respect de la protection et de la sécurité des données selon les standards fédéraux et cantonaux.

4. Obligations professionnelles de l'avocat

L'activité de l'avocat est soumise à diverses règles professionnelles et déontologiques qui découlent notamment du Code des obligations, de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA)⁵⁰, du Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats (CSD)⁵¹ ainsi que des règles cantonales et us et coutumes des barreaux cantonaux⁵². Ces règles s'appliquent de la même manière à l'ensemble de l'activité typique de l'avocat, y compris lorsque ce dernier est impliqué dans une procédure judiciaire digitalisée. Les procédures virtuelles en général et les audiences tenues par vidéoconférence en particulier peuvent cependant soulever des questions spécifiques sous l'angle du respect des règles professionnelles. Parmi ces règles, le respect du secret professionnel (art. 13 LLCA, 321 CP⁵³, 12 LPAv et 15 CSD) est sans doute le devoir le plus fondamental de l'avocat. Quelques rappels s'imposent donc quant aux mesures à mettre en place lorsqu'un avocat assiste son client dans le cadre d'une audience virtuelle.

La participation à une audience par vidéoconférence depuis une étude d'avocat ne devrait pas soulever de problème particulier, l'environnement dans lequel se trouve l'avocat offrant en principe déjà les garanties suffisantes quant au secret professionnel. Ce dernier devra néanmoins s'assurer qu'aucun élément concernant d'autres clients n'entre dans le champ de vision de la caméra, notamment des classeurs qui pourraient se trouver en arrière-plan. L'avocat s'efforcera ainsi de choisir l'arrière-plan le plus neutre possible. Le cas échéant, il floutera le fond ou re-

tirera toute indication concernant des tiers qui pourrait être vue des participants à la vidéoconférence. Il est également recommandé de mettre en place un système permettant d'éviter que d'autres membres de l'étude n'entrent dans la pièce pendant la durée de l'audience, de couper la notification des emails sur l'ordinateur utilisé et de bloquer la réception des appels.

Il se peut que le conseil doive ou choisisse de participer à la vidéoconférence hors de son étude. Dans ce cas, il devra prendre toute mesure nécessaire au respect du secret professionnel. S'il paraît évident qu'un lieu public se prête particulièrement mal à l'exercice, il faudra par ailleurs que l'espace choisi soit suffisamment isolé pour éviter les allées et venues de tiers et permette de maintenir la confidentialité du son et de l'image. Les tiers ne doivent en effet pas être en mesure d'entendre les propos de l'avocat ou des autres participants à l'audience. Un dispositif tel qu'un micro et des écouteurs devront le cas échéant être mis en place. S'agissant de l'image, l'écran de l'ordinateur utilisé devra être placé à l'abri des regards, notamment ne pas être installé devant une fenêtre. Finalement, l'accès au système de vidéoconférence devra se faire au travers d'une connexion internet sécurisée (VPN) afin d'éviter toute intrusion informatique.

L'avocat est également soumis à des règles déontologiques prévues par le CSD et les us et coutumes de son barreau. Afin de garantir le respect de ces règles, il devra traiter les audiences virtuelles avec le même égard que celles tenues en personne. Cela implique de s'adresser aux magistrats et à ses confrères avec respect et courtoisie, de se présenter devant les tribunaux dans une tenue digne et respectueuse et, de manière générale, d'éviter tout comportement qui pourrait être irrévérencieux. L'avocat devra également conseiller à son client d'agir de la même manière que s'il comparait en personne.

Il convient finalement de préciser que toute vidéoconférence présentant un élément d'extranéité devra être exécutée par les voies de l'entraide. Ainsi, lors d'une comparution

⁴³ RS/GE A 2 08.

⁴⁴ Art. 1 al. 1 LIPAD.

⁴⁵ Art. 3 al. 1 let. a LIPAD.

⁴⁶ Art. 35 et 36 LIPAD.

⁴⁷ Art. 37 LIPAD.

⁴⁸ Art. 6 et 10a LPD, art. 39 LIPAD.

⁴⁹ Les systèmes où les données personnelles sont susceptibles d'être soumises au US Cloud Act ne répondent par exemple pas aux exigences de protection des données.

⁵⁰ RS 935.61.

⁵¹ Code suisse de déontologie, <<https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltsrecht/berufsregeln-national.html>> (consulté le 23.8.2020).

⁵² À Genève, il s'agit de la Loi cantonale sur la profession d'avocat (LPAv, RS/GE E 6 10) et des Us et Coutumes édictés par l'Ordre des avocats de Genève (<https://www.odage.ch/medias/documents/regles-profession/Us_Coutumes_2018.pdf> [consulté le 23.8.2020]).

⁵³ RS 311.0.

personnelle des parties, l'avocat devra s'assurer que son client participe à l'audience virtuelle depuis la Suisse. Si ce dernier se trouve à l'étranger, le tribunal ne pourra pas procéder à son audition et devra entamer une procédure d'entraide. De la même manière, l'avocat ne devra pas prêter son concours à une audition par vidéoconférence effectuée en Suisse pour le compte d'une juridiction étrangère hors entraide, sous peine de violation de l'art. 271 CP⁵⁴.

IV. Enjeux procéduraux

1. Types d'audiences envisageables

A) Filière civile

L'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural ne limite pas le recours à la vidéoconférence à certains types d'audiences civiles. Par conséquent, tout type d'audiences peut, à teneur de texte, se dérouler par voie digitale.

Ainsi, la tenue d'audiences par vidéoconférence – déjà possible en matière d'entraide (voir *supra* III.1 et III.2) – devrait pouvoir intervenir, à l'avenir également, tant pour des audiences de débats d'instruction ou de plaidoiries que pour des audiences de parties et/ou de témoins. Si certaines audiences se prêtent certainement mieux que d'autres à la vidéoconférence, leur mise en œuvre posant peu, voire pas, de difficultés pratiques, les audiences impliquant des auditions de témoins et de parties soulèvent cependant des questions délicates et nécessiteront une préparation plus pointue. Les diverses modalités qu'il convient d'envisager selon le type d'audience concernée sont discutées ci-après (voir *infra* IV.2).

B) Filière pénale

Nous l'avons vu, la tenue d'auditions par vidéoconférence est possible en matière pénale tant en procédure nationale (art. 144 CPP) qu'en matière d'entraide. Cela étant, la procédure pénale se prête mal aux audiences virtuelles compte tenu des grands principes qui la régissent, en particulier la publicité des débats, l'importance de l'immédiateté dans l'administration des preuves, l'intime conviction et la grande liberté d'appréciation laissée aux autorités de jugement. L'utilisation de la vidéoconférence dans certaines circonstances permet pourtant de garantir le principe de célérité et de pallier les situations dans lesquelles une audience en personne ne pourrait pas être envisagée.

L'utilisation de la vidéoconférence peut ainsi se justifier pour l'interrogatoire d'une personne qui ne pourra pas ou que très difficilement se déplacer jusqu'au lieu d'audition du fait par exemple de son âge ou de son état de santé. Elle apporte également une solution adéquate aux cas d'urgence en permettant d'organiser une audition sans être entravé par certains contretemps tels que l'indisponibilité de salles ou le déplacement d'un témoin domicilié dans un autre canton. Le procédé de l'audition par vidéoconférence accorde en outre une meilleure protection des victimes et des témoins en garantissant l'anonymat de la personne entendue, la protégeant ainsi du risque d'être confronté au prévenu à la sortie du ministère public ou du tribunal⁵⁵.

En matière d'entraide pénale, en plus des cas mentionnés ci-dessus, l'audition par vidéoconférence offre une amélioration qualitative non négligeable. Elle remplace en effet la voie traditionnelle de la commission rogatoire écrite exécutée par un magistrat étranger au dossier sur la base d'un questionnaire, par une présence virtuelle où l'autorité qui instruit ou juge l'affaire dirige elle-même l'audition selon son droit interne⁵⁶ et où tant le magistrat que les parties ont la possibilité de voir le comparant. Elle est par ailleurs préconisée dans les cas où le témoin à entendre courrait un grave danger à comparaître sur le territoire de la partie requérante⁵⁷.

La mise en œuvre d'une vidéoconférence dans un État étranger peut néanmoins s'avérer difficile. La Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral s'est récemment prononcée sur l'opportunité de la vidéoconférence dans le cadre du procès d'un ressortissant libérien prévenu de crimes de guerre. Les débats, qui avaient initialement été fixés dans le courant du mois d'avril 2020, ont dû être différés en raison de la pandémie, faute de pouvoir faire venir en Suisse sept parties plaignantes et sept témoins domiciliés au Libéria. La situation sanitaire ne permettant pas de tenir les débats en présentiel à brève échéance, la Cour a adressé une demande d'entraide au Libéria et a obtenu l'autorisation de procéder à l'audition des quatorze ressortissants libériens depuis la Suisse par vidéoconférence. Compte tenu cependant de contraintes logistiques importantes, notamment d'accès au matériel technique nécessaire dans l'État requis, il n'a pour l'heure pas été possible d'organiser ladite vidéoconférence. Au vu de ces circonstances, les débats ont dû être reportés à fin 2020, afin de permettre l'organisation de l'audition par vidéoconférence dans l'hypothèse où la venue en Suisse des personnes à entendre serait toujours impossible ou inopportune⁵⁸.

⁵⁴ Selon l'art. 271 al. 1 CP, «celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, celui qui aura procédé à de tels actes pour un parti étranger ou une autre organisation de l'étranger, celui qui aura favorisé de tels actes, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire et, dans les cas graves, d'une peine privative de liberté d'un an au moins».

⁵⁵ Voir les art. 149 ss CPP pour les mesures de protection pouvant être mises en place s'il y a lieu de craindre que la personne entendue soit exposée à un danger sérieux en raison de sa participation à la procédure.

⁵⁶ Art. 9 al. 5 let. c PAII CEEJ.

⁵⁷ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, 8. 11. 2001, par. 72, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ccea1>> (consulté 26. 8. 2020); MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit commentaire du code de procédure pénale, 2^e éd., Bâle 2016, N 5 ad art. 144 CPP.

⁵⁸ Communiqué du Tribunal pénal fédéral, Report du procès d'un ressortissant libérien prévenu de crimes de guerre présumément survenus durant la première guerre civile au Libéria, 9. 7. 2020, <<https://www.bstger.ch/fr/media/comunicati-stampa/2020.html>> (consulté le 26. 8. 2020).

2. Modalités

Lorsque le terrain de jeu des prétoires devient virtuel, les habitudes des plaideurs, mais également des magistrats, s'en trouvent évidemment chamboulées. Les prises de paroles ainsi que les interactions entre les divers intervenants, notamment celles entre le client et ses conseils, nécessitent la mise en place de quelques règles pratiques et modifiées relatives notamment à la gestion et l'organisation de l'audience (A), l'audition des parties et témoins (B), les apartés (C), la production de pièces (D) et le procès-verbal (E).

A) Gestion et organisation de l'audience

En vidéoconférence, le rôle des divers intervenants n'est plus indiqué par leur positionnement dans la salle d'audience. L'alignement des portraits des uns et des autres sur un écran rendra au premier abord difficile l'identification des intervenants. Il sera dès lors recommandé de procéder à une présentation des divers participants à l'ouverture de l'audience et de s'assurer que chacun indique son nom et sa fonction (président, demandeur, défendeur) au bas de son écran afin que chacun puisse saisir en permanence le rôle de la personne qui s'exprime. Le juge pourra également vérifier l'identité des intervenants en sollicitant la production d'une pièce d'identité, laquelle devrait probablement être systématiquement demandée s'agissant des témoins. La dynamique de l'audience se trouve également modifiée et les capacités des uns et des autres probablement également limitées, l'exigence de concentration derrière un écran étant souvent augmentée. Il conviendra d'en tenir compte dans la structure de l'audience en assurant notamment des pauses régulières, en particulier si l'audience doit se dérouler sur plusieurs heures.

Enfin, les conseils auront tout intérêt à procéder aux vérifications techniques nécessaires avant l'audience afin de se familiariser avec le système et de s'assurer de la compatibilité de celui-ci avec ses propres outils informatiques. En outre, il sera également utile de convenir de canaux de communication entre les membres de l'équipe ainsi qu'avec le client (voir *infra* C). Des suspensions devraient également pouvoir être sollicitées par les représentants des parties pour permettre des apartés et des échanges parfois plus conséquents que de brefs messages sur les chats électroniques.

B) Audition des parties et témoins

Les auditions de parties ou témoins constituent certainement le type d'audiences qui suscite le plus d'interrogations et de problèmes pratiques notamment quant à l'identité réelle de la personne entendue comme témoin, l'absence d'influence externe du témoin (par exemple par la présence d'un tiers derrière son écran ou par la transmission de messages l'assistant dans ses réponses) ou la possibilité pour le juge d'apprécier réellement la qualité du témoignage. Se pose en particulier la question de la déshumanisation de la justice avec, *in fine*, la possible perte du témoignage direct dont le but premier doit permettre à l'autorité d'apprécier,

au-delà du seul contenu du témoignage, la qualité de celui-ci et la crédibilité du témoin.

Si une audition par vidéoconférence présente certes quelques inconvénients et risques, les expériences déjà menées – notamment en matière d'arbitrage où l'utilisation de ce procédé est connue depuis un certain temps déjà⁵⁹ – montrent que ces auditions sont possibles dans des conditions tout à fait acceptables et efficaces, moyennant quelques cautions mentionnées ci-après. Différentes configurations appelleront des modes d'organisation différents. En effet, l'audience peut se dérouler avec tous les participants situés en des endroits divers se connectant électroniquement de manière individuelle. À l'inverse, la présence du témoin ou de la partie auditionnée⁶⁰ pourrait être prévue dans la même salle que le juge alors que seuls les conseils participeraient par voie audiovisuelle⁶¹. Pour les témoins, plusieurs risques sont réduits voire nuls si le témoin se trouve dans la salle d'audience. C'est le cas en ce qui concerne le contrôle de l'identité et d'une possible influence. En cas de présence dans un endroit tiers, les parties devront, avec le magistrat, convenir de modalités spécifiques. À titre exemplatif, on peut mentionner le contrôle de la salle dans lequel se trouve le témoin afin de s'assurer de l'absence de toute influence ou de document (pense-bête, script, etc.). Un tel contrôle peut être réalisé notamment par les moyens suivants: (i) la présence d'un «chapeau» avec le témoin, soit un tiers (représentant des parties) ayant pour mission de s'assurer durant toute l'audition que le témoin reste seul et n'utilise d'aucun document ou moyen de communication visant à l'assister dans son témoignage ou (ii) un contrôle caméra dans la salle du témoin. En l'absence d'une telle caméra – laquelle requiert un endroit bénéficiant d'une installation déjà sophistiquée –, une vérification peut s'exercer en requérant du témoin qu'il positionne la caméra de la vidéoconférence en assurant un angle large qui permette de visualiser ses mains.

C) Apartés

Comme lors de toute audience, il est essentiel, lors d'une audience tenue par vidéoconférence, que l'avocat et son client puissent communiquer. La mise en place de l'audience virtuelle devra dès lors garantir cette possibilité.

⁵⁹ Voir notamment ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, 9. 4. 2020, <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/hearing-centre/icc-virtual-hearings/>> (consulté le 26. 8. 2020); HKIAC Guidelines for Virtual Hearings, 14. 5. 2020, <https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/HKIAC%20Guidelines%20for%20Virtual%20Hearings_3.pdf> (consulté le 26. 8. 2020).

⁶⁰ La présence d'une partie dans la salle d'audience alors que ses conseils participeraient par vidéoconférence devrait à notre sens être exclue, la partie ne pouvant ainsi pas bénéficier d'une véritable assistance de son conseil durant l'audience.

⁶¹ Par exemple en cas de restrictions sanitaires limitant le nombre de personnes pouvant être présentes en salle d'audience.

Dans ce cadre, la solution la plus simple est bien entendu que la partie et son conseil participent à la vidéoconférence depuis le même lieu. Les apartés et communications internes pourront ainsi aisément être assurés en coupant le micro de l'ordinateur. S'il n'est pas possible pour ces derniers d'être au même endroit, des moyens devront être prévus pour préserver la communication, par téléphone ou messagerie instantanée par exemple. À terme, il serait souhaitable que les plateformes de vidéoconférence prévoient des pièces virtuelles séparées ouvertes aux parties et à leurs conseils.

Une solution devra également être convenue d'avance avec le tribunal si une suspension d'audience devait être organisée. Dans la plupart des cas, le moyen préconisé est d'inviter tous les participants à couper le son et l'image de la vidéoconférence ou à se déconnecter de l'audience puis à se reconnecter après un laps de temps déterminé. Là encore, des pièces virtuelles séparées pourraient offrir un bon support en permettant à certains participants ne se trouvant pas dans un même lieu (notamment les parties adverses) de discuter librement sans la présence des autres parties ou du tribunal.

D) Production de pièces

La production de pièces lors de l'audience est courante et peut poser quelques défis supplémentaires dans le monde digital. Si les systèmes de vidéoconférence prévoient généralement la possibilité de partager des documents à l'écran, le recours à la fonction de partage entraîne parfois la perte de l'image de la personne interrogée, ce qui n'est pas idéal lors d'une audition. Ce risque peut être pallié, s'agissant du magistrat et des parties, s'ils disposent tous de leur jeu de pièces comprenant en particulier les pièces qui seront discutées lors de l'audience. Quant à la soumission des pièces au témoin, une remise anticipée, par email ou voie postale par exemple, est inopportune afin d'éviter que le témoin puisse, à réception des pièces, préparer son audition. La soumission des pièces par email en cours d'audience peut être un moyen. Il faudra toutefois s'assurer au préalable que le témoin dispose d'un outil informatique lui permettant d'accéder à ses emails – alors que l'on aura probablement exigé de lui qu'il maintienne son téléphone à l'écart (mais dans le champ de la caméra) lors de son audition.

E) Procès-verbal

Dans le contexte d'une audience par vidéoconférence dont l'enregistrement serait versé au dossier, comme cela est notamment requis par l'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural en cas d'audition de témoins ou de présentation de rapports d'experts, l'opportunité de tout de même tenir un procès-verbal pourrait être discutée, cette démarche nous apparaissant nécessaire à l'exercice des droits des parties.

Au-delà du risque technique lié au fait de n'utiliser, comme preuve des éléments discutés lors de l'audience, qu'un enregistrement, il en résulterait également des difficultés concrètes pour les conseils des parties. Aux fins de

préparer leurs plaidoiries finales ou pour toute autre référence au dossier, ceux-ci seraient alors contraints de réécouter des heures d'audience de manière extensive. Il convient donc à notre sens, en toute hypothèse, que le tribunal tienne un procès-verbal conformément aux art. 176 et 235 CPC. Dans ce contexte, il est intéressant de relever la formulation de l'art. 176a P-CPC, aux termes duquel «[s]i, durant les débats, les dépositions sont enregistrées par des moyens techniques, les règles suivantes s'appliquent: a. le procès-verbal peut être rédigé par la suite sur la base de l'enregistrement; b. le tribunal ou le membre du tribunal à qui l'administration des preuves est déléguée peut renoncer à lire le procès-verbal au témoin ou à le lui remettre pour lecture et à le lui faire signer; c. l'enregistrement est versé au dossier». La lettre a de cette nouvelle disposition est intéressante en ce qu'elle ouvre la porte à la possibilité de préparer un procès-verbal subséquent à l'audience, par exemple en *verbatim* ou par l'intermédiaire d'un logiciel de dictée.

S'agissant enfin de l'exigence formelle de la signature du procès-verbal, les modalités doivent être adaptées à la tenue d'une audience par vidéoconférence. Le procès-verbal peut être adressé aux parties et à leurs conseils, ainsi qu'à d'éventuels témoins ou experts, par email lors de l'audience. La signature pourrait alors n'être remise au tribunal que subséquentement, par email et/ou courrier. Afin d'éviter toute contestation *a posteriori*, il nous paraît opportun de formaliser l'accord oral des parties, témoins et/ou experts, lors de l'audience, par une mention au procès-verbal.

F) Défauts et irrégularités

Le recours à des moyens informatiques pourra engendrer son lot de problèmes techniques en tout genre, en particulier l'impossibilité de se connecter à l'audience ou le risque de s'en faire exclure sans possibilité de se reconnecter.

Si ces risques techniques doivent évidemment être pris en compte et que leur gestion pragmatique doit être privilégiée, il faudra également veiller à ce qu'ils ne se transforment pas en possibles abus. L'instabilité du réseau pourrait en effet facilement devenir un prétexte pour mettre un terme anticipé à une audition lorsque celle-ci ne se déroule pas comme escompté.

Ainsi, un défaut de même qu'une interruption en cours d'audience ne devrait en principe pas entraîner de conséquence s'ils sont causés par un problème technique avéré. Il conviendrait toutefois de prévoir un moyen de communication alternatif afin de permettre à chaque intervenant de communiquer immédiatement toute impossibilité de connexion ou irrégularité (absence d'image ou de son, impossibilité d'actionner son micro, etc.) au tribunal. Toute irrégularité devrait par ailleurs être protocolée au procès-verbal.

V. Conclusion

La justice helvétique s'est retrouvée dans une large mesure paralysée dans les semaines qui ont suivi l'annonce

du semi-confinement en Suisse. Encore aujourd'hui, les mesures de distanciation sociale en vigueur limitent grandement le nombre de salles d'audience pouvant être utilisées. L'Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural a temporairement pallié certains manquements législatifs rendant possible, en procédure civile particulièrement, la tenue d'audiences par vidéoconférence.

Si le recours à la vidéoconférence présente un intérêt certain pour permettre à la justice de poursuivre ses activités sans que le traitement des dossiers ne soit paralysé pendant une impossibilité de siéger en présentiel, sa pertinence ne se limite pas au contexte d'une crise sanitaire. Un tel outil permet également de favoriser l'efficacité de la justice lorsqu'il s'agit d'entendre des personnes se trouvant à l'étranger, en particulier lorsque l'audition du témoin reste limitée. En l'état, le dispositif législatif permettant la tenue d'audiences par vidéoconférence dans le

cadre de l'entraide reste cependant limité. Quant à la tenue d'audiences dans le cadre de procédures suisses, elle reste confrontée à des problèmes logistiques faute d'équipements adéquats ou de systèmes satisfaisants ainsi que par crainte de déshumanisation de la justice.

Les enjeux sont de taille et les avantages et inconvénients des audiences par vidéoconférence doivent être examinés à l'aune des droits fondamentaux des justiciables et des grands principes de l'état de droit. Que cela nous enthousiasme ou non, nous n'avons ainsi pas fini d'entendre parler d'e-Justice et d'audiences par vidéoconférence; il est inéluctable que les acteurs du monde judiciaire devront s'adapter à ces nouveaux outils. Le défi sera également, pour chacun d'eux, d'accompagner ces développements tant législatifs que logistiques afin de permettre une justice efficace et agile tout en préservant sa nature fondamentalement humaine.