

par courriel: zz@bj.admin.ch

MM/RR/Im 312

Berne, le 22 mai 2024

Consultation de la Fédération suisse des avocats relative à l'Ordonnance sur le recours à des moyens électroniques de transmission du son et de l'image dans les procédures civiles (OMETr)

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames, Messieurs,

La Fédération suisse des avocats (ci-après FSA) vous remercie de lui avoir donné l'occasion de prendre position dans le cadre de la consultation susmentionnée. Elle se détermine comme il suit.

1. Introduction

Avec l'entrée en vigueur du code de procédure civile révisé, à partir du 1er janvier 2025, le juge pourra, avec l'accord des parties, tenir des audiences, des auditions et des interrogatoires de témoins par vidéoconférence ou, sous une forme hybride, permettre aux personnes impliquées de participer sous cette forme aux audiences tenues en personne. L'article 141a nCPC, qui établit cette possibilité, ne prévoit aucune dérogation par rapport aux garanties procédurales applicables aux audiences tenues en présence, ni aucune règle de police des audiences autre que celles suivies jusqu'à présent pour assurer leur déroulement correct et ordonné. En revanche, l'utilisation de moyens électroniques de transmission des images et des sons produits lors d'une audience pose des problèmes particuliers, inconnus dans le cadre des audiences tenues en présence, notamment du point de vue de la protection et de la sécurité des données. L'art. 141 b CPC tient compte de ces exigences, en énumérant brièvement certaines conditions techniques et en exprimant l'obligation de garantir la protection et la sécurité des données. La réglementation des conditions techniques et des exigences en matière de protection des données est laissée au Conseil fédéral.

Selon le rapport explicatif de l'ouverture de la procédure de consultation, le projet d'Ordonnance sur le recours à des moyens électroniques de transmission du son et de l'image dans les procédures civiles (OMETr) vise à « concrétiser » la tâche ainsi déléguée au Conseil fédéral. La Fédération Suisse des Avocats est d'avis qu'avec le texte mis en consultation, cet objectif n'a été atteint que de manière marginale et insatisfaisante.

2. Garanties procédurales et police des audiences

Déjà lors de la procédure de consultation relative à la révision du Code de procédure civile, la FSA avait signalé certains soucis que l'introduction de la possibilité de tenir des audiences par vidéoconférence aurait généré notamment au sujet du respect des garanties procédurales et de la police des audiences. L'utilisation du support audiovisuel limite par définition les facultés perceptives du juge et des participants à l'audience, de sorte qu'il est pratiquement impossible d'exclure que des personnes qui normalement ne sont pas autorisées à assister à l'audience y participent sans être vues ou entendues, influençant indûment son déroulement ou, pire encore, polluant la force probante d'une audition de témoins, par exemple. Le rapport explicatif indique que l'ordonnance « précise quelles mesures le tribunal peut prendre pour assurer que la vidéoconférence ou la téléconférence se déroule sans accroc » (cf. rapport explicatif, point 2.1, 2ème alinéa, p. 9). En lisant le texte en consultation, il apparaît toutefois que l'ordonnance se limite à énoncer certains objectifs fondamentaux - communs aux audiences en personne et donc déjà implicites et évidents - tels que l'exclusion des personnes non autorisées de la participation à l'audience et la possibilité d'exiger leur identification (art. 7) ; le texte manque toutefois précisément de la concrétisation nécessaire, en n'expliquant pas les mesures que le juge est tenu de prendre pour que ces objectifs puissent également être garantis dans le cadre des audiences tenues par des moyens télématiques.

Or, l'expérience acquise notamment au cours de la pandémie dans les tribunaux qui ont eu recours de manière systématique et *de lege ferenda* aux audiences par vidéoconférence montre qu'en l'absence d'une réglementation claire au moins des mesures de base nécessaires pour garantir que les audiences par vidéoconférence se déroulent dans des conditions capables - comme l'indique le rapport explicatif - « de conserver le formalisme de l'acte de procédure et permettre une interaction appropriée entre le tribunal et les participants », de telles mesures sont tout simplement omises, exposant le déroulement de l'affaire à des vices de procédure pouvant conduire à l'annulation du procès.

La Fédération Suisse des Avocats considère de ce fait que l'ordonnance en consultation, et en particulier son art. 7, devrait être complétée en concrétisant et en clarifiant au moins les mesures de base que le juge doit prendre pour assurer le bon

déroulement et la régularité des audiences tenues par vidéoconférence, à savoir (a) l'obligation pour tous les participants à l'audience de se connecter à partir d'une salle fermée et non accessible au public; b) l'obligation pour tous les participants à l'audience de permettre au juge, au début de l'audience, une inspection visuelle complète de la salle à partir de laquelle la connexion est effectuée, et de garder ses voies d'accès encadrées et visibles pendant toute la durée de l'audience; (c) l'obligation pour tous les participants à l'audience de maintenir la caméra vidéo et le microphone de l'appareil en fonctionnement pendant toute la durée de l'audience, sans interruption et (d) l'obligation pour le juge d'inviter tous les participants à l'audience à éteindre ou à déposer à l'extérieur de la pièce à partir de laquelle ils se connectent leurs téléphones portables.

3. Infrastructures et conditions d'utilisation des systèmes de transmission audiovisuelle (art. 2.3)

Comme nous l'avons déjà mentionné, le code de procédure civile qui sera bientôt adopté délègue au Conseil fédéral la tâche complexe et délicate de réglementer les conditions techniques et les exigences en matière de protection et de sécurité des données. Avec le projet d'ordonnance en consultation, le Conseil fédéral a choisi d'éluder cette tâche et de la laisser aux tribunaux, respectivement aux cantons (cf. Rapport explicatif, ch. 1.3, p. 8-9, 3e alinéa). A l'appui de ce choix, il invoque l'évolution rapide de la technologie et l'obsolescence tout aussi rapide des mesures de sécurité nécessaires qui feraient de la garantie d'un standard technique adéquat et d'une protection et d'une sécurité des données suffisantes une « tâche dynamique ». La Fédération Suisse des Avocats considère cet argument peu convaincant et incompatible avec l'importance de la sécurité et de la protection des données, tant dans le contexte spécifique des audiences par vidéoconférence que de manière générale.

S'il est vrai que les outils techniques et informatiques permettant de garantir la protection et la sécurité des données sont - comme la technologie informatique en général - en évolution rapide et constante, il est tout aussi indéniable que ces objectifs de sécurité et de protection sont dictés par des règles spécifiques du droit fédéral, lesquelles exigent que les mesures nécessaires soient prises pour garantir ces objectifs de manière à en assurer une application uniforme et efficace. Cette exigence semble d'ailleurs avoir été correctement prise en compte dans le projet Justitia 4.0 qui, afin de garantir le respect d'un standard technique appropriée et donc un niveau de sécurité et de protection des données conforme aux exigences du droit fédéral, prévoit l'adoption d'une plateforme et d'un logiciel centralisés et unifiés pour tous les cantons, pour tous les organes judiciaires concernés et pour tous les utilisateurs. Là encore, l'expérience pendant et après la pandémie a montré que les exigences de sécurité et de protection des données des plateformes utilisées pour la tenue des vidéoconférences (« Zoom » ou « Teams », dans la plupart des cas) sont traitées par les Tribunaux avec une certaine nonchalance, ce

qui ne permet pas de supposer qu'une délégation au juge expressément formalisée par voie d'ordonnance conduirait à une plus grande rigueur à l'avenir.

La Fédération Suisse des Avocats est donc d'avis qu'une garantie efficace et techniquement fiable du respect des exigences en matière de protection et de sécurité des données lors des audiences par vidéoconférence ne peut être assurée qu'en précisant les systèmes de transmission audiovisuelle autorisés pour la tenue d'audiences par vidéoconférence et en s'assurant que ceux-ci fournissent les garanties de sécurité nécessaires, notamment eu égard au fait que les données devront être provisoirement stockées chez les prestataires respectifs. L'art. 3 al. 2 OMETr parle de « prestataires privés » et l'art. 8 al. 2 dit que le tribunal peut confier l'enregistrement à « des tiers », ce qui nécessite une clarification, ou, en tout cas, une transparence vis-à-vis des parties.

La tâche de sélectionner les moyens de transmission audiovisuelle admissibles et d'en assurer la compatibilité avec les exigences de sécurités nécessaires pourrait d'ailleurs être déléguée à l'organe responsable de la future plateforme centralisée de communication électronique, comme le prévoit expressément l'art. 5 lit. a du projet de loi relatif aux plateformes de communication électronique dans la justice¹.

4. Publicité des audiences (art. 9)

Le code de procédure civile consacre le principe de la publicité des audiences (art. 54 al. 1 CPC). La publicité doit donc également être garantie en cas d'audience par vidéoconférence, comme le prévoit à juste titre l'art. 2 al. 2 lit. b du projet d'ordonnance. La possibilité pour le public d'accéder aux locaux du tribunal et donc d'y assister au moyen des appareils de reproduction ou de projection qui doivent y être mis à disposition garantit de manière adéquate et suffisante l'exigence de l'art. 54 al. 1 CPC. En revanche, la possibilité - que l'article 9 du projet d'ordonnance semble considérer comme acquise - de permettre au public d'accéder à la transmission audiovisuelle d'une audience également au moyen d'une connexion électronique soulève des doutes importants, tant du point de vue de la protection des données et de la sécurité (un enregistrement de la transmission audiovisuelle via, par exemple, le téléphone portable d'un spectateur externe ne pourrait en effet pas être évité ou détecté) que du point de vue du contrôle de l'identité des personnes qui assistent effectivement à l'audience et de leur éventuel lien avec l'affaire que l'on y discute. L'accès du public aux audiences par vidéoconférence ne devrait donc être autorisé qu'à titre exceptionnel, sur décision du juge et pour des raisons justifiées. Dans ce cas, il convient d'imposer les mêmes mesures pour la connexion de l'éventuel spectateur extérieur que pour les autres participants (obligation de se connecter à partir d'une salle fermée et non accessible au public, obligation de permettre au juge, au début de l'audience, une inspection visuelle

¹ FF 2023 680

complète de la salle à partir de laquelle la connexion est effectuée et de garder ses voies d'accès encadrées et visibles pendant toute la durée de l'audience, obligation de maintenir la caméra vidéo en fonctionnement pendant toute la durée de l'audience, obligation pour le juge d'inviter les spectateurs à éteindre ou à déposer à l'extérieur de la pièce à partir de laquelle ils se connectent leurs éventuels téléphones portables).

En vous remerciant de l'attention que vous porterez aux présentes remarques, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments distingués,

Président FSA

Secrétaire général FSA

Matthias Miescher

René Rall

Handwritten signature of Matthias Miescher in black ink, featuring a large initial 'M' followed by a cursive script.Handwritten signature of René Rall in black ink, featuring a large, stylized initial 'R' followed by a cursive script.