



25 septembre 2020

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

(Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural)

Commentaire des modifications du 25 septembre 2020

1 Introduction

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

C'est dans cet esprit que le Conseil fédéral a, le 16 avril 2020, édicté l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural, fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst., et en a limité la validité au 30 septembre 2020.

L'art. 7d, al. 2, let. a, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) précise qu'une ordonnance fondée sur l'art. 185, al. 3, Cst. devient caduque dans un délai de six mois après son entrée en vigueur si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance (ch. 1) ou un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale fondé sur l'art. 173, al. 1, let. c, Cst. destinée à remplacer l'ordonnance du Conseil fédéral (ch. 2). L'ordonnance devient également caduque lorsque la base légale prévue ou l'ordonnance de l'Assemblée fédérale qui la remplace entre en vigueur ou que le projet est rejeté par l'Assemblée fédérale (art. 7d, al. 2, let. b et c, LOGA). Pour ces raisons, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la loi COVID-19 (FF 2020 6363) le 12 août 2020 ; la loi créerait les bases légales nécessaires aux ordonnances COVID-19 fondées sur l'art. 185, al. 3, Cst. qui doivent rester en vigueur passé le délai de six mois.

Par la modification du 25 septembre 2020, l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural restera en vigueur jusqu'à la fin de la durée de validité de la loi COVID-19, à savoir jusqu'au 31 décembre 2021. Elle sera abrogée plus tôt, en tout ou en partie, si la nécessité n'est plus donnée.

Selon la planification actuelle, la loi COVID-19 sera traitée, adoptée et déclarée urgente par les deux Conseils lors de la session d'automne. Le vote final devrait avoir lieu le 25 septembre 2020, si bien que la loi pourra entrer en vigueur le 26 septembre 2020 si elle est déclarée urgente. Une fois la loi entrée en vigueur, les ordonnances ne devront pas être abrogées et remplacées. Seule la base légale sur laquelle elles se fondent changera, l'art. 185, al. 3, Cst. étant remplacé par l'article correspondant de la loi COVID-19 (voir art. 5 du projet de loi COVID-19). Les préambules des ordonnances COVID-19 devront être adaptés après l'entrée en vigueur de la loi. La modification de certaines dispositions de la loi par le Parlement pourra également entraîner des modifications matérielles au niveau des ordonnances. Si le Parlement n'entre pas en matière ou s'il rejette le projet de loi, les ordonnances seront immédiatement abrogées en application de l'art. 7d, al. 2, let. c, LOGA¹.

La modification de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural contient, en plus de la prolongation de la durée de validité, l'abrogation de la règle dérogatoire permettant de renoncer aux débats (art. 5), l'adaptation des dispositions sur le recours à la

¹ La loi COVID-19 a été adoptée par les deux Conseils le 25 septembre 2020 et a été déclarée urgente. Cela a permis une entrée en vigueur le 26 septembre 2020. L'ordonnance repose ainsi dès ce moment sur une autre base légale (voir l'art. 7 de la loi COVID-19).

vidéoconférence ou à la téléconférence (art. 2, al. 1 et 2, et art. 3) et la modification de l'article réglant la notification sans reçu (art. 7, al. 1).

2 Commentaires des modifications

Recours à la vidéoconférence (art. 2, al. 1 et 2)

Actuellement, il n'est pas toujours possible d'organiser une audience réunissant les parties et les membres du tribunal tout en respectant les recommandations de l'OFSP. C'est pourquoi l'ordonnance prévoit le recours à la vidéoconférence à certaines conditions. Comme l'a retenu le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, le recours à la vidéoconférence n'est pas prévu actuellement par le droit de la procédure civile et il n'y a de ce fait pas moyen d'obliger une partie à participer à une audience principale menée par vidéoconférence ; la communication électronique avec les parties nécessite leur consentement².

L'al. 1 précise que les audiences tenues par vidéoconférence restent l'exception et qu'elles ne peuvent être envisagées qu'à certaines conditions (*phrase introductive*). Il reprend la jurisprudence du Tribunal fédéral et énonce que les parties doivent donner leur consentement (*let. a*). On ne pourra à l'avenir renoncer au consentement que dans trois cas : lorsqu'une partie ou son représentant le demande et rend vraisemblable qu'il ou elle appartient à l'une des catégories de personnes vulnérables au coronavirus et qu'aucun juste motif ne s'oppose à la tenue de l'audience par vidéoconférence (*let. b*), lorsqu'un membre du tribunal appartient à l'une de ces catégories de personnes et qu'aucun juste motif ne s'y oppose (*let. c*) ou lorsqu'il y a une urgence particulière (*let. d*).

Ces règles permettront avant tout de prendre en considération les besoins des personnes vulnérables au coronavirus. Le terme de catégories de personnes vulnérables est repris de l'ordonnance 2 COVID-19³, entre-temps abrogée, dont l'annexe 6 existe encore sous la forme d'une liste publiée par l'OFSP, les « Catégories de personnes vulnérables »⁴. La disposition concerne à la fois les parties et leurs représentants (notamment les avocats) et les membres du tribunal (à savoir les juges). Dans chacun de ces deux cas, il faudra vérifier qu'il n'existe pas de justes motifs s'opposant au recours à la vidéoconférence. Lors de cet examen, il faudra en particulier tenir compte des intérêts légitimes de la partie (adverse) qui s'y oppose, des particularités du cas concret ou des circonstances données ou encore d'autres intérêts dignes de protection. Le tribunal tiendra également compte des possibilités techniques des parties et leur accordera le droit d'être entendues. Les autres conditions du recours à la vidéoconférence sont réglées à l'art. 4, qui n'est pas modifié.

L'al. 2 porte sur l'audition de témoins et la présentation de rapports d'experts par vidéoconférence. Dans ces cas également, le recours à la vidéoconférence n'est plus possible qu'à certaines conditions (*phrase introductive*). Le consentement des parties est en principe nécessaire (*let. a*). Comme pour les audiences, on pourra renoncer au consentement lorsqu'une partie, son représentant, le témoin ou l'expert le demande et rend vraisemblable qu'il ou elle appartient à l'une des catégories de personnes vulnérables au coronavirus, et qu'aucun juste motif ne s'oppose au recours à la vidéoconférence (*let. b*) ou lorsqu'un membre du tribunal appartient à l'une de ces catégories et qu'aucun juste motif ne

² Voir arrêts du Tribunal fédéral 4A_180/2020 du 6 juillet 2020 (destiné à la publication) et 4A_220/2020 du 10 juillet 2020.

³ Voir ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (RS 818.101.24 ; abrogée).

⁴ Disponible à l'adresse https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/kategorien-besonders-gefaehrdete-personen.pdf.download.pdf/Liste-besonders-gef%C3%A4hrdeter-Personen_Anhang-6_ab%2024.06.2020_FR.pdf (consulté en dernier lieu le 15 septembre 2020).

s'y oppose (*let. c*). À l'avenir, les mêmes règles justifiant le recours à la vidéoconférence vaudront pour l'audition de témoins et la présentation de rapports d'experts que pour les audiences, à une exception près, l'urgence particulière n'étant pas prévue comme motif justificatif.

Recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence dans les procédures relevant du droit matrimonial (art. 3)

Le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence dans les procédures relevant du droit matrimonial est adapté, sur le modèle des règles générales fixées à l'art. 2. Il ne sera autorisé qu'à titre exceptionnel, si certaines conditions sont remplies (*phrase introductive*). Vu l'importance que revêt la présence personnelle des parties lors des audiences et auditions relevant du droit matrimonial, le recours à la téléconférence ou à la vidéoconférence sera exclu s'il existe de justes motifs s'y opposant. Les autres conditions fixées sont les suivantes: les parties doivent donner leur consentement (*let. a*), une partie, son représentant, le témoin ou l'expert doit le demander et rendre vraisemblable qu'il ou elle appartient à une des catégories de personnes vulnérables au coronavirus (*let. b*) ou un membre du tribunal doit appartenir à l'une de ces catégories (*let. c*). Contrairement à la réglementation précédente, l'urgence ne permet plus de déroger au consentement des parties.

Renonciation aux débats (art. 5)

La possibilité de renoncer à une audience (principale) à certaines conditions est supprimée. Cette dérogation ne semble plus justifiée ni appropriée au vu de la situation épidémiologique actuelle et des mesures en vigueur, si bien que le Conseil fédéral a renoncé à introduire dans son projet de loi COVID-19 une norme de délégation à ce sujet. Maintenir l'art. 5 ne sera donc de toute façon pas possible une fois que la loi sera en vigueur.

Procédures de poursuite et de faillite (titre précédent l'art. 7)

Le titre précédant l'art. 7 est modifié pour préciser que la procédure de faillite est également concernée. La modification ne change rien au fond.

Notification sans reçu (art. 7, al. 1)

Vu la situation épidémiologique actuelle et les mesures en vigueur, les modalités de notification prévues par le droit de nécessité en cas de poursuite ou de faillite seront encore admissibles à deux conditions cumulatives, le champ d'application de l'ordonnance restant inchangé:

- le mode de notification simplifié contre une preuve de notification ne sera admissible qu'en cas d'échec de la tentative de notification ordinaire, impliquant la remise d'un reçu, par l'autorité (ou par la poste ou un autre fournisseur sur mandat de l'autorité) ;
- l'autorité devra avoir informé le destinataire de la notification au plus tard le jour précédant la notification, par communication téléphonique, par courrier électronique ou par une communication sous une autre forme (par ex. par information directe). En cas de différend, le fardeau de la preuve incombera à l'autorité de qui émane la communication : elle devra prouver que le destinataire a bien été informé de la notification et ce dans les délais. La possibilité de restituer un délai de façon simplifiée, prévue à l'art. 8, est maintenue.

Durée de validité (art. 10, al. 3)

La modification de l'ordonnance COVID-19 justice et droit procédural entrera en vigueur le 26 septembre 2020 à 00 h 00.

La durée de validité maximale de l'ordonnance est prolongée jusqu'au 31 décembre 2021, ce qui correspond à la durée de validité fixée dans le projet de loi COVID-19. L'ordonnance pourra et devra être modifiée voire être abrogée en tout ou en partie en fonction de ce que requièrent les circonstances.