

# L'obtention de preuves au moyen de l'entraide judiciaire internationale en matière civile suite à la survenance d'un dommage à l'étranger – Cas pratiques (Partie II)

Barbara Klett\*/ Carol Tissot\*\*

En raison de la globalisation des échanges à travers le monde, il arrive de plus en plus fréquemment qu'une ou des parties à une transaction puissent être impactées par une procédure ouverte à l'étranger. Tel est par exemple le cas du producteur suisse qui voit l'un de ses composants intégré à une machine vendue à l'étranger qui cause ensuite un dommage matériel ou physique en raison d'une défectuosité de la partie composante. Si une procédure s'ouvre alors dans le pays où a eu lieu le dommage, le producteur peut être amené à participer à la procédure étrangère par l'intermédiaire d'une procédure d'entraide internationale en matière civile adressée à la Suisse par l'autorité étrangère. Comme exposé dans la première partie de cette contribution<sup>1</sup>, la procédure d'entraide est soumise à des conditions strictes qui doivent être respectées par l'Etat requérant si ce dernier ne veut pas voir sa demande rejetée par l'Etat requis, à savoir la Suisse. Si en revanche la demande émanant de l'Etat requérant satisfait aux conditions de l'entraide, l'entreprise suisse impliquée pourra être amenée à participer à la procédure. C'est cette participation que la présente contribution se propose de présenter au moyen de deux exemples pratiques.

Aufgrund der Globalisierung des Handels kommt es immer häufiger vor, dass eine oder mehrere Parteien einer Transaktion von einem im Ausland eröffneten Verfahren betroffen sein können. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Schweizer Hersteller eine seiner Komponenten in eine im Ausland verkaufte Maschine einbaut, die dann aufgrund eines Defekts der Komponente einen Sach- oder Körperschaden verursacht. Wenn in dem Land, in dem der Schaden entstanden ist, ein Verfahren eingeleitet wird, kann der Hersteller durch ein zwischenstaatliches Rechtshilfeverfahren in Zivilsachen, das von der ausländischen Behörde an die Schweiz gerichtet wird, zur Teilnahme an dem ausländischen Verfahren veranlasst werden. Wie im ersten Teil dieses Beitrags dargelegt<sup>1</sup>, unterliegt das Rechtshilfeverfahren strengen Bedingungen, die vom ersuchenden Staat eingehalten werden müssen, wenn er nicht will, dass sein Gesuch vom ersuchten Staat, d.h. der Schweiz, abgelehnt wird. Wenn hingegen das Gesuch des ersuchenden Staates die Bedingungen für die Rechtshilfe erfüllt, kann das beteiligte Schweizer Unternehmen zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden. Diese Beteiligung wird in diesem Beitrag anhand von zwei praktischen Beispielen behandelt.

## I. Introduction

Comme précédemment exposé dans la première partie de notre contribution, un Etat étranger ne peut adresser ses demandes directement à une personne domiciliée en Suisse mais doit passer par le mécanisme de l'entraide internationale en matière civile afin de ne pas violer la souveraineté de l'Etat requis et de risquer que les fonctionnaires à l'origine de la demande ne violent l'art. 271 ch. 1 CP. Ce mécanisme est régi par la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH 70), par la Convention de la Haye du 1er mars 1954 relative

à la procédure civile (CLaH 54) ou encore par des traités bilatéraux. Ce n'est que dans l'hypothèse où un pays n'est signataire d'aucune convention ou accord que les dispositions de droit international privé des pays impliqués sont applicables. Pour mémoire, l'obtention de preuves dans le cadre de l'entraide internationale en matière civile comprend les actes d'entraide au sens classique comme l'interrogatoire de témoins, l'audition des parties, la production de documents etc. Il faut également que la demande concerne une affaire de nature civile et non une cause pénale ou administrative par exemple.

## II. Rappel des principes applicables à l'entraide internationale en matière civile

Comme exposé précédemment dans la première partie de cette contribution, la Suisse peut accorder l'entraide internationale en matière civile à un Etat requérant conformément à la Convention de la Haye du 18 mars

\* Barbara Klett, LL.M., Avocate, Spécialiste FSA Responsabilité civile et droit des assurances, Partner, Eversheds Sutherland SA, Zürich.

\*\* Carol Tissot, Avocate, LL.M., MBA, Legal Director, Eversheds Sutherland SA, Genève.

<sup>1</sup> L'obtention de preuves au moyen de l'entraide judiciaire internationale en matière civile suite à la survenance d'un dommage à l'étranger – Aspects théoriques (Partie I), REAS/HAVE 4/2022, 398 ss.

1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale (CLaH 70). L'entraide est cependant accordée sous certaines conditions.

Tout d'abord, la demande d'entraide portant sur l'obtention de preuves portera sur des actes précis comme l'inspection locale, l'interrogatoire de témoins, l'audition des parties, la production de documents ou une demande d'expertise en application des articles 158 et 168 ss CPC. Ensuite, afin de ne pas violer la souveraineté suisse en effectuant sans droit un acte relevant des pouvoirs publics suisses (art. 271 ch. 1 CP) ou en procédant indûment à des actes officiels sur le territoire suisse (art. 299 al. 1 CP), il est indispensable que l'autorité requérante respecte les dispositions de la CLaH 70. La requête devra impérativement porter sur une affaire de nature « civile ou commerciale ». Il s'agit d'une notion autonome, qui ne doit pas être interprétée en application du droit national de l'Etat requérant ou de l'Etat requis. Sont notamment de nature civile ou commerciale les litiges commerciaux ou de la responsabilité civile<sup>2</sup>.

Conformément aux exigences de l'OFJ, la requête doit émaner d'une autorité étrangère et non d'une personne privée, comme un avocat par exemple, le but étant que l'autorité saisie puisse procéder à un filtrage des preuves requises selon leur pertinence pour le litige concerné<sup>3</sup>. Ce principe connaît toutefois une exception. Il est possible pour les parties ou leurs représentants, sous certaines conditions, de formuler une requête d'entraide internationale en y joignant la décision du juge saisi dans l'Etat requérant, relative à la désignation d'un commissaire<sup>4</sup>.

Pour ce qui est des exigences relatives à la requête, qu'elle soit faite par l'Etat requérant ou un commissaire, cette dernière doit contenir certains éléments essentiels comme la désignation des autorités requérantes et requises, l'identité et l'adresse des parties, la nature et l'objet de l'instance et un exposé des faits, ainsi que des actes d'instruction ou autres actes judiciaires à accomplir. Pourront également être ajoutés notamment les noms et adresse des personnes à entendre, les questions à poser à ces dernières ou les faits sur lesquels elles devront déposer, les documents à examiner et les demandes de recevoir une déposition sous serment (affidavit).

Normalement, l'exécution d'une commission rogatoire s'effectue en application du droit de l'Etat requis. L'Etat requérant peut néanmoins demander que les

mesures probatoires soient effectuées en application de son droit (art. 9 al. 2 CLaH 70). Ainsi, les « affidavits » ou déclarations écrites peuvent être admis et exécutés par les autorités suisses, tout comme les doubles interrogatoires dénommés « *cross examination* ». Dans de tels cas, le juge suisse reste néanmoins en charge de la direction de la procédure et il lui appartiendra notamment d'informer le témoin de son droit de ne pas témoigner ou de l'interdiction de témoigner dont il est frappé en raison d'un secret particulier<sup>5</sup>.

Il ressort de ce qui précède qu'une demande d'entraide internationale doit satisfaire à diverses conditions avant de pouvoir être accordée par l'Etat requis, ce qui en pratique oblige les parties ainsi que les tiers intervenant comme les témoins, à être attentifs à la régularité de la procédure afin de faire respecter leurs droits respectifs.

### III. Cas pratiques

#### A. Obtention de preuves par commission rogatoire en application du Chapitre I de la CLaH 70

Un tour-opérateur suisse organise une randonnée dans le Colorado aux Etats-Unis. Trois familles y participent, deux de Suisse et une d'Allemagne. Lors de l'excursion, le fils aîné de la famille allemande fait une chute sur un terrain accidenté et se blesse grièvement. Il est soigné et opéré à l'hôpital de Louisville et peut être rapatrié en Allemagne six mois plus tard. Les parents déposent ensuite une plainte devant un tribunal au Colorado, afin d'obtenir des dommages et intérêts contre l'organisateur suisse, le gérant et le guide travaillant sur place. Pour donner suite au dépôt de cette demande, le tribunal adresse une commission rogatoire à l'autorité cantonale dans lequel le tour opérateur suisse est basé. Se pose à présent la question du déroulement de ladite commission rogatoire en Suisse.

##### 1. Notification de la demande

La présente affaire étant de nature civile et commerciale et impliquant deux pays signataires de la CLaH 70, cette dernière régira toute commission rogatoire adressée par le tribunal du Colorado aux autorités suisses. Dans le cadre d'une commission rogatoire, régie par le Chapitre I de la CLaH 70, l'autorité judiciaire d'un Etat contractant peut demander par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre Etat de faire tout acte d'instruction (art. 1, al. 1, CLaH 70). L'OFJ considère que la requête d'entraide doit émaner d'une autorité et non d'une personne privée, par exemple d'un avocat. Cette interprétation permet de limiter d'éventuels abus de personnes ayant reçu un mandat dans la mesure où l'autorité saisie peut procéder à un filtrage des preuves

<sup>2</sup> BUREAU PERMANENT DE LA CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Practical Handbook on the Operation of the Evidence Convention*, the Netherland 2020, N 57.

<sup>3</sup> *Entraide judiciaire internationale en matière civile – Lignes directrices*, 3<sup>e</sup> édition 2003 (état janvier 2013), 21.

<sup>4</sup> OFJ, *lignes directrices*, 22.

<sup>5</sup> Secret professionnel, secret médical, immunité diplomatique etc.

requis selon leur pertinence pour le litige concerné<sup>6</sup>. Les autorités suisses, quant à elles, ne peuvent refuser une requête que dans les limites de l'art. 12 CLaH 70. La demande d'entraide sera envoyée à l'autorité centrale cantonale du lieu d'exécution de la demande<sup>7</sup>. De telles requêtes peuvent toutefois être adressées à l'OFJ, qui les transmettra à l'autorité centrale cantonale compétente<sup>8</sup>. Concernant la langue de la commission rogatoire et de ses annexes, la Suisse a émis une réserve en vertu de laquelle les commissions rogatoires et leurs annexes doivent être rédigées ou munies d'une traduction en allemand, en français ou en italien, en fonction du lieu d'exécution de la requête en Suisse.

Dans le cas présent, la commission rogatoire devra être adressée par le tribunal du Colorado et non par les parents de la victime à l'autorité cantonale concernée. Elle devra être établie dans la langue parlée dans le canton où les mesures d'instruction devront être effectuées.

## 2. Déroulement des enquêtes

En général, l'exécution d'une commission rogatoire s'effectue en application du droit des autorités requises<sup>9</sup>, en l'espèce le droit suisse. La qualification de la personne à entendre de « partie » ou de « témoin » se fait selon le droit de l'Etat requis. De cette qualification découlera la possibilité ou pas de contraindre la personne à témoigner ainsi que celle pour cette personne d'invoquer une dispense ou interdiction de témoigner<sup>10</sup>. En Suisse, les commissions rogatoires sont soumises aux lois d'organisation judiciaire cantonales et du CPC tels qu'ils découlent de l'art. 122 Cst. Le tribunal requis appliquera les moyens de contrainte appropriés et prévus par sa loi interne (art. 10 CLaH 70). Lorsque l'application du droit de l'Etat requérant est demandée par ce dernier (art. 9 al. 2 CLaH 70), il est accédé à cette requête<sup>11</sup>, sauf si la forme est incompatible avec le droit suisse ou si son application n'est pas possible en raison de difficultés pratiques. Il doit néanmoins s'agir d'une vraie impossibilité et donc de difficultés insurmontables d'ordre pratique ou relevant des « usages judiciaires » suisse<sup>12</sup>. Ainsi, les « affidavits », déclarations écrites à annexer à la déposition que les Américains requièrent souvent en guise de serment, peuvent être admis. A noter que la partie ou le témoin

qui doit déposer sous forme d'affidavit ne peut être forcé à déposer. Il est également possible d'admettre des « doubles interrogatoires » (« *cross examination* »). Toutefois, dans de tels cas, le juge suisse assurera la direction de la procédure et devra intervenir s'il l'estime nécessaire. Il lui appartiendra en particulier d'informer le témoin de son droit de ne pas témoigner dans certaines conditions ou de l'interdiction de témoigner dont il est frappé en raison d'un secret professionnel par exemple en application du droit suisse mais également du droit de l'Etat requérant<sup>13</sup>. Le juge suisse est également la seule personne autorisée à faire usage de moyens de contrainte à l'égard des témoins. Si ces derniers ne comparaissent pas sans raison valable, ils s'exposent par exemple à une amende (art. 167 CPC).

La question de savoir si la commission rogatoire doit inclure les questions exactes à poser aux parties ou aux témoins ou seulement une liste des sujets à aborder dépend des cantons<sup>14</sup>. La capacité des autorités de modifier une commission rogatoire en supprimant par exemple des questions ou en les reformulant dépend également du canton concerné. En application de l'art. 176 CPC, l'essentiel des dépositions est consigné au procès-verbal, qui est lu ou remis pour lecture au témoin et signé par celui-ci. Les questions complémentaires des parties qui ont été rejetées sont également portées au procès-verbal sur requête d'une partie. Les dépositions peuvent de plus être enregistrées sur bandes magnétiques, vidéo ou par tout autre moyen technique approprié<sup>15</sup>. On précisera encore que la question de la pertinence de la preuve est soumise à la *lex loci processualis*, soit la loi de l'Etat requérant. Le juge suisse n'est en effet pas saisi du contentieux et n'examinera cette question que sous l'angle du principe de proportionnalité appliqué de manière restrictive. Il appartiendra aux parties de démontrer en quoi la mesure requise n'est pas pertinente<sup>16</sup>.

Pour ce qui est de la participation du juge requérant d'assister à l'exécution d'une commission rogatoire, cela est possible moyennant l'autorisation préalable de l'autorité cantonale. L'intervention du magistrat étranger ne pourra toutefois avoir lieu – en Suisse – que par l'intermédiaire ou à tout le moins sous le contrôle strict du juge suisse requis. Le magistrat étranger ne pourra en aucun cas faire usage de mesures de contrainte, le

<sup>6</sup> OFJ, lignes directrices 21.

<sup>7</sup> Liste des autorités centrales cantonales pour l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, Internet : <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/zivilrecht/behoerden/zentral-behoerden.html> (consulté le 11 avril 2023).

<sup>8</sup> OFJ, lignes directrices 21.

<sup>9</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Berne 2014, N 639.

<sup>10</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, N 649.

<sup>11</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, N 641.

<sup>12</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, N 645.

<sup>13</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, N 653.

<sup>14</sup> Suisse – Autorité centrale (art. 2) et informations pratiques, Internet : <https://www.hcch.net/fr/states/authorities/details3/?aid=523> (consulté le 11 avril 2023).

<sup>15</sup> Suisse – Autorité centrale (art. 2) et informations pratiques, Internet : <https://www.hcch.net/fr/states/authorities/details3/?aid=523> (consulté le 11 avril 2023).

<sup>16</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, N 650 et 701.

juge suisse demeurant maître de la procédure qui se déroule devant lui<sup>17</sup>.

Finalement une autorité étrangère ou des avocats étrangers qui recourent à la vidéoconférence afin de procéder à une audition de témoin ou de partie se trouvant physiquement en Suisse commettent un acte de puissance publique sur le territoire suisse. Une telle audition est ainsi soumise à autorisation. Dans le cadre de la CLaH 70 une participation des autorités et des représentants des parties à une audition des parties et/ou de tiers effectuée par un juge suisse est envisageable (art. 7 et 8 CLaH 70). Une telle participation est possible dans les mêmes conditions que lorsque l'autorité et/ou les représentants des parties sont physiquement présents en Suisse. En particulier, le juge suisse reste maître de la procédure ; il est la seule personne à pouvoir ordonner des mesures de contrainte. Cela dit, même si le texte de la CLaH 70 offre cette possibilité, cette dernière n'a pas encore été utilisée à ce jour par les autorités cantonales en raison des nombreuses questions qu'elle pose, notamment d'ordre pratique telle que la question de l'attribution des frais et de la mise à disposition du matériel (autorités requises, autorités requérantes, parties). Se pose également la question de l'identification des personnes objets de la mesure de preuves et les personnes procédant à ladite mesure ainsi que des questions techniques en matière de compatibilité des systèmes et de mesures de sécurité IT<sup>18</sup>.

### 3. *Recommandations pratiques*

Dans le cas d'espèce, le tour opérateur suisse qui fait l'objet de la commission rogatoire ne pourra pas s'opposer à celle-ci si cette dernière a été régulièrement requise par le tribunal du Colorado auprès de l'autorité cantonale compétente. Il pourra cependant, en sa qualité de partie, renoncer à participer, mais au risque de ne pas parvenir à se défendre valablement dans le cadre de la procédure intentée contre lui aux Etats-Unis. Il pourra en outre contester les questions ou les sujets énoncés dans la commission rogatoire en expliquant pourquoi elles ne sont pas pertinentes. A noter que cette mesure aura sans doute peu d'effet vu que le Tribunal Suisse n'a pas la charge du litige au fond et ne revoit les questions posées que sous l'angle de la proportionnalité.

## B. **Obtention de preuves par un commissaire en application du Chapitre II de la CLaH70**

En vacances aux Etats-Unis avec son épouse, un citoyen suisse domicilié en Suisse loue une voiture en Floride pour assurer ses déplacements. Plus attentif au paysage qu'à la circulation, il occasionne un accident

en percutant le véhicule se trouvant devant lui. Si les dégâts matériels sont minimes, les deux occupants sont néanmoins grièvement blessés. S'en suit l'ouverture d'une procédure civile en Floride par les deux victimes afin d'obtenir le remboursement de leurs dommages corporels à hauteur de USD 3,2 millions. Par l'intermédiaire de son avocat basé aux Etats-Unis, les plaignants adressent à l'auteur de l'accident, des « *Interrogatories* », soit questions portant sur le déroulement de l'accident, des « *Requests for admissions* »<sup>19</sup> l'invitant à admettre ou contester certains faits utiles à la procédure ainsi qu'une « *Request to produce* » lui demandant de produire divers documents.

### 1. *Notification de la demande*

Dans cette situation se pose la question de savoir si l'auteur du dommage, défendeur dans la procédure intentée aux Etats-Unis, peut ou doit donner suite aux demandes qui lui sont adressées par les plaignants.

Comme mentionné précédemment, celui qui, sans y être autorisé, procède sur le territoire suisse, pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, peut potentiellement violer l'art. 271 ch. 1 CP. On précisera à ce propos que selon le DFJP, les voies de l'entraide internationale en matière civile ne doivent pas nécessairement être empruntées si le non-respect, par la partie sise en suisse, de ses obligations de procédure ne peut pas avoir de conséquences pénales<sup>20</sup>. Le critère de distinction entre la production spontanée de pièces par une partie et la production sur ordre du tribunal étranger réside ainsi essentiellement dans les potentielles sanctions en cas de non-production de la pièce. Lorsque le tribunal étranger invite ou autorise une partie à produire une pièce, sans conséquence en cas de non-production autre que la perte d'une chance de gagner le procès, il s'agit seulement d'une procédure spontanée, ne pouvant être ni soumise à autorisation ni constitutive d'une infraction à l'art. 271 CP<sup>21</sup>.

Ainsi, la partie étrangère procédant, en Suisse de son propre chef à des mesures d'instruction accompagnées de menaces de sanctions pénales est punissable en application de 271 CP. On précisera à ce propos que le fait que les demandeurs adressent leur demande à

<sup>17</sup> DANIELLE GAUTHEY, ALEXANDER R. MARKUS, N 669 et 670.

<sup>18</sup> Suisse – Autorité centrale (art. 2) et informations pratiques, Internet : <https://www.hc.ch.net/fr/states/authorities/details3/?aid=523> (consulté le 11 avril 2023).

<sup>19</sup> Dans une action civile, une Request for admission est une procédure de découverte qui permet à une partie de demander à une autre partie d'admettre ou de nier la véracité d'une déclaration faite sous serment. Si elle est admise, la déclaration est considérée comme vraie à toutes les fins du procès en cours. Les parties peuvent également utiliser cet instrument de communication pour demander à d'autres parties de vérifier l'authenticité de documents. Les demandes d'admission sont généralement utilisées vers la fin de la procédure de communication des pièces afin de régler les questions non contestées et de simplifier le procès.

<sup>20</sup> JAAC 2016.3, 32–37, consid. 7.

<sup>21</sup> L'autorisation d'exécuter un acte pour un état étranger dans la pratique récente, Philippe Vladimir Boss, Revue de l'avocat 2017, 79.

l'avocat américain du défendeur ne les empêche pas d'enfreindre l'art. 271 ch. 1 CP et que l'avocat du défendeur peut également violer cette disposition s'il contribue à effectuer les actes d'instruction demandés sur sol suisse.

La CLaH 70 pallie cet inconvénient en prévoyant à son chapitre II et plus précisément à ses art. 15, 16 et 17 la possibilité pour des agents diplomatiques ou consulaires et des commissaires de procéder, à certaines conditions (art. 21 CLaH 70), à des actes d'instruction.

La Suisse a fait usage de son droit de soumettre à autorisation préalable l'accomplissement d'actes d'instruction par lesdites personnes et a désigné le DFJP comme autorité compétente pour délivrer l'autorisation<sup>22</sup>. La nomination du commissaire par le Tribunal américain devra être jointe à la demande adressée à l'OFJP. On précisera à ce propos que si la demande vise à la tenue d'une audition contradictoire (« *cross examination* »), l'OFJP a deux possibilités. Soit il nomme un commissaire unique qui présidera les débats et veillera à ce que l'interrogatoire par les avocats des parties se déroule en conformité avec le droit suisse (pas de contrainte, rappel des dispenses ou interdictions de témoigner) et délivrera une seule autorisation, soit il nommera les deux représentants des parties comme commissaire et délivrera une autorisation à chacun d'eux.

A noter également que la demande étrangère d'obtention de preuves devra également être adressée en premier lieu à l'autorité centrale du canton dans lequel les preuves doivent être recueillies. Il s'agit du domicile de la ou des personnes à entendre (témoins ou parties). Certains cantons autorisent en outre l'audition de personnes domiciliées dans d'autres cantons. La demande et ses annexes doivent être rédigées dans la langue officielle du canton concerné.

Dans le cas présent, les demandeurs peuvent par conséquent requérir du défendeur domicilié en Suisse qu'il participe à la procédure de *pre-trial discovery* visant à obtenir de sa part des pièces et renseignements avant l'ouverture des débats principaux aux Etats-Unis, mais ils devront s'adresser préalablement à l'OFJP et ne pourront pas contacter directement le défendeur ou son avocat aux Etats-Unis avant d'avoir obtenu l'autorisation nécessaire. Finalement, on précisera encore qu'afin de gagner du temps, les demandeurs auront intérêt à désigner un représentant en Suisse afin que l'OFJP puisse leur notifier l'autorisation requise sans procéder par la voie de l'entraide judiciaire qui ralentirait leurs démarches<sup>23</sup>.

A défaut d'une notification régulière de la demande d'entraide, se pose la question de savoir si le défendeur peut ignorer la demande qui lui est directement adressée sans risquer qu'un jugement américain, rendu en l'absence de ses déterminations, soit exécutable en Suisse.

Selon l'art. 25 LDIP, Une décision étrangère est reconnue en Suisse a) si la compétence des autorités judiciaires ou administratives de l'État dans lequel la décision a été rendue était donnée, b) si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive, et c) s'il n'y a pas de motif de refus au sens de l'art. 27 et qu'elle n'est par exemple pas incompatible avec l'ordre public suisse. Une reconnaissance est contraire à l'ordre public suisse lorsque la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère heurtent de manière intolérable le sentiment juridique national, parce qu'elles ne respectent pas des dispositions fondamentales de l'ordre juridique suisse. Il ne suffit pas que la solution adoptée à l'étranger diffère de celle prévue par le droit suisse ou qu'elle soit inconnue en Suisse. La reconnaissance des décisions étrangères constitue la règle. L'appréciation de cette condition ne doit pas aboutir à un réexamen de la décision étrangère sur le fond, car celui-ci est exclu en vertu de la loi.

La question de savoir si le fait de ne pas transmettre les preuves par la voie de l'entraide judiciaire constitue une violation de l'ordre public Suisse pour violation du droit d'être entendu, ne peut pas être tranchée de manière définitive sur la base d'un examen sommaire de la littérature et de la jurisprudence et nécessite un examen approfondi<sup>24</sup>. Il convient toutefois de noter que l'invocation de l'ordre public peut être considérée comme un abus de droit dans la mesure où la partie n'a sciemment pas fait usage de son obligation de collaborer alors qu'elle avait connaissance des *Interrogatories*, *Requests for admissions* et *Requests to produce*. En effet, l'obligation de coopérer au procès est également ancrée dans le droit procédural suisse (art. 160 CPC). En outre, les défauts d'une citation à comparaître erronée peuvent également être réparés si le défendeur a accepté la procédure sans réserve<sup>25</sup>.

Tel peut par conséquent être également le cas en ce qui concerne les *Interrogatories*, *Requests for admissions* et *Requests to produce*.

Dans ces conditions, il existe donc un risque que si le défendeur reste inactif au prétexte que la demande étrangère n'a pas été régulièrement notifiée au moyen de l'entraide internationale, un jugement américain rendu en l'absence de ses déterminations soit néanmoins exécutable en Suisse.

<sup>22</sup> OFJ, lignes directrices 28.

<sup>23</sup> OFJ, lignes directrices 36.

<sup>24</sup> BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, art. 27 N 9 ss.

<sup>25</sup> BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, art. 27 N 15.

## 2. Déroulement des enquêtes

Pour ce qui est du déroulement des mesures d'enquêtes à réaliser une fois l'autorisation du l'OFJP obtenue, elles sont effectuées selon les formes prévues par la loi du tribunal américain et selon ce que le commissaire est autorisé à faire en application de l'autorisation qu'il a reçu du tribunal. Cependant, le commissaire doit se conformer à certaines exigences et la CLaH 70. Toute convocation à comparaître ou à participer à un acte d'instruction devra être rédigée dans la langue du lieu où l'acte d'instruction sera accompli ou accompagnée d'une traduction dans cette langue (art. 21 let. b CLaH 70). La convocation devra également indiquer que la personne concernée peut être assistée de son conseil et qu'elle n'est tenue ni de comparaître, ni de participer à l'acte d'instruction. Le défendeur sera ainsi libre de ne pas collaborer du tout ou d'interrompre l'acte d'instruction (art. 21 let. c CLaH 70). Le commissaire ne peut exercer aucune mesure de contrainte à l'égard du défendeur visé par la demande. Il ne lui est pas non plus possible de contraindre le défendeur visé par les actes d'instruction (art. 18 CLaH 70). En cas de refus de collaboration, la seule voie que pourront utiliser les demandeurs sera celle de la commission rogatoire prévue au chapitre I de la CLaH 70.

En application des principes énoncés ci-dessus, le défendeur doit être informé de la possibilité qui lui est donnée de refuser de collaborer et d'être assisté par son conseil pour répondre aux « *Interrogatories* », « *Requests for admissions* » et « *Request to produce* » qui lui ont été adressées par le commissaire. On précisera encore que si le commissaire devait interroger le défendeur dans le cadre d'une procédure de *cross examination* ou afin d'obtenir un affidavit, le conseil du défendeur devrait également être autorisé à participer à cette audition.

## 3. Recommandations pratiques

Une fois l'assureur averti du dommage survenu à l'étranger, il est utile que l'un de ses représentants ou son conseil en suisse informe l'assuré qu'il ne doit pas donner suite à des demandes émanant d'autorités étrangères en lien avec l'accident survenu et que si cela devait se produire, il est important qu'il en informe tant l'assureur que son conseil. En parallèle et si l'assuré a mandaté un avocat dans le pays où s'est déroulé l'accident, le conseil suisse de l'assureur peut également prendre contact avec ce dernier afin d'attirer son attention sur le fait qu'il n'est pas possible pour les plaignants ou pour lui-même de notifier en Suisse des mesures d'instruction assorties de sanctions pénales à l'assuré au risque de violer la souveraineté suisse et d'enfreindre l'art. 271 CP. Une fois ces explications données, le conseil américain pourra informer les plaignants et le tribunal que toute demande à adresser à

son client devra passer par l'entraide internationale en matière civile, même en cas de nomination d'un commissaire. Ces explications auront également pour avantage de clarifier la raison pour laquelle le défendeur ne donne pas suite aux requêtes des plaignants et d'éviter ainsi qu'un jugement soit rendu aux Etats-Unis sans que soit pris en compte ses déterminations.

Dans un second temps, il est également utile pour le conseil américain d'évaluer dans quelle mesure il est bénéfique pour son client de collaborer ou non aux mesures d'instruction sollicitées par le commissaire une fois que ce dernier aura reçu l'autorisation de l'OFJP de procéder à des actes d'instruction en Suisse. Si dans certains cas, une telle collaboration peut mener à reconnaître des faits préjudiciables à l'assuré, il peut également y avoir des situations où le fait de donner suite aux demandes d'un commissaire peut potentiellement aider à la résolution du litige.

En conclusion, il est essentiel que les différents intervenants soient au clair sur le processus d'entraide internationale en matière civile afin de pouvoir protéger les droits procéduraux de l'assuré et de l'assureur, mais également d'utiliser le mécanisme d'entraide pour tenter de résoudre le litige pendant à l'étranger avant qu'un jugement ne soit rendu.

## IV. Conclusions

Que la demande d'entraide soit faite sous forme de commission rogatoire en application du Chapitre I de la CLaH70 ou par l'intermédiaire d'un commissaire désigné en application du Chapitre II de la CLaH70, le défendeur qui est visé par cette demande devra avant toute chose vérifier la régularité de la demande et les compétences de l'autorité cantonale, respectivement du commissaire avant de procéder aux mesures d'instruction requises. L'inaction n'étant pas nécessairement favorable au défendeur quand bien-même la demande lui serait communiquée en violation du mécanisme de l'entraide internationale, il lui est recommandé de prendre les devants et de soulever l'irrégularité auprès du tribunal étranger ou du commissaire afin que son inaction ne soit pas qualifiée de mauvaise foi et que la procédure intentée à l'étranger aille de l'avant sans qu'il ne fasse valoir ses droits. Il encourrait ainsi le risque qu'un jugement étranger qui lui est défavorable puisse ensuite être exécuté en Suisse alors même qu'il n'a pas pris part à la procédure étrangère. L'intervention d'un conseil basé dans l'Etat requérant peut également faciliter le dialogue avec les autorités locales ou le commissaire et permettre au défendeur de faire valoir ses droits sans pour autant être exclu de la procédure étrangère.