

## 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)

Barbara Klett\* / Carol Tissot\*\*

Il arrive que les personnes impliquées dans un cas de responsabilité civile ne se trouvent pas dans le même État que le responsable ou son assureur. Tel est par exemple le cas d'un Américain qui est victime d'un accident pendant ses vacances en Suisse et qui porte plainte aux USA contre l'organisateur suisse devant un tribunal américain. Dans le cadre d'une procédure « pre-trial discovery » intentée aux États-Unis, des mesures d'instruction (inspection du lieu et du déroulement de l'accident, audition de témoins et de personnes impliquées, etc.) devront avoir lieu en Suisse. Dans ce cas, tant le responsable que son assureur RC peuvent se retrouver impliqués dans une procédure ouverte à l'étranger. Un tribunal étranger ne pouvant effectuer lui-même des mesures probatoires en Suisse au risque de violer la souveraineté nationale, il devra recourir au mécanisme de l'entraide judiciaire internationale en matière civile afin par exemple d'auditionner des témoins ou d'obtenir des documents dans le cadre d'une procédure de pre-trial discovery en Suisse. Cette contribution est publiée en deux parties, dont la *première* est consacrée aux mécanismes de l'entraide judiciaire internationale. La *seconde partie* s'intéressera quant à elle aux questions pratiques que peuvent rencontrer l'assuré et son assureur RC dans le cadre d'une commission rogatoire adressée à la Suisse ainsi qu'aux mesures probatoires (expertise, interrogatoire écrit, audition présente ou par vidéoconférence) qui peuvent être requises en application de l'art. 17 CLaH 1970. L'accent sera en particulier mis sur la procédure de type US-discovery, qui se déroule « avant le procès » et sans l'intervention du tribunal qui sera ultérieurement en charge de la procédure. Il sera également question de la manière par laquelle la notification doit être effectuée à l'État requis afin que les documents tels que les questions aux témoins et demandes de production de documents soient correctement adressés à l'autorité étrangère. Il conviendra aussi de se pencher sur les conséquences juridiques du refus de coopérer de l'une des parties alors même

Es kommt vor, dass sich die an einem Haftpflichtfall beteiligten Personen nicht im selben Staat wie der Haftpflichtige oder ihr Versicherer befinden. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Amerikaner während seines Urlaubs in der Schweiz einen Unfall erleidet und in den USA vor einem amerikanischen Gericht Klage gegen den Schweizer Reiseveranstalter erhebt. Im Rahmen eines in den USA eingeleiteten «pre-trial discovery»-Verfahrens müssen in der Schweiz Beweiserhebungen (Besichtigung des Unfallorts und -hergangs, Befragung von Zeugen und Beteiligten usw.) stattfinden. In diesem Fall können sowohl der Haftpflichtige als auch sein Haftpflichtversicherer in ein im Ausland eröffnetes Verfahren verwickelt werden. Da ein ausländisches Gericht nicht selbst Beweismassnahmen in der Schweiz durchführen kann, weil das die nationale Souveränität verletzen würde, muss es auf den Mechanismus der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen zurückgreifen, um beispielsweise Zeugen zu vernehmen oder Dokumente im Rahmen eines Pre-Trial-Discovery-Verfahrens in der Schweiz zu beschaffen. Dieser Beitrag wird in zwei Teilen veröffentlicht, von denen sich der *erste* mit den Mechanismen der internationalen Rechtshilfe befasst. *Im zweiten Teil* wird gestützt auf die konkreten Sachverhalte dargelegt, welche Beweismassnahmen (Gutachten, Affidavit, schriftliche Befragung, Einvernahme in Anwesenheit oder mittels Videokonferenz) wie, wo und durch wen (commissioner/Beauftragter) im Sinne von Art. 17 HBewÜ 1970 in der Schweiz durchgeführt werden können. Ein besonderer Schwerpunkt wird auf dem US-Discovery-Verfahren liegen, das regelmäßig «vorprozessual» und ohne Mitwirkung des Prozessgerichts stattfindet. Ebenfalls eingegangen wird auf die «richtige» Zustellung von Schriftstücken wie interrogatories, requests for admissions und requests to produce an die ausländische Behörde. Nicht zuletzt sind die Rechtsfolgen im Falle einer Verweigerung der Zusammenarbeit durch eine der Parteien zu beachten: Da das zuständige Prozessgericht im Rahmen des Verfahrens prozessuale Folgen an die Verweigerung knüpfen kann, hat die betroffene Partei ein Interesse auch an der «freiwilligen» Mitwirkung in der Schweiz, um

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

\*\* Carol Tissot, Avocate, LL.M., MBA, Senior Associate, Eversheds Sutherland SA, Genève.

que, ces dernières ont également intérêt à coopérer « volontairement » en Suisse afin de ne pas compromettre la procédure étrangère. Finalement, les conséquences d'une éventuelle exécution non autorisée d'un acte incombant à une autorité ou à un fonctionnaire pour un État étranger seront également discutées, en lien avec l'art. 271 ch. 1 CP.

## I. Introduction

L'entraide judiciaire civile porte sur le rôle de l'État dans l'administration d'un procès qui se déroule dans un autre État. Parfois, certains actes de procédure ne peuvent être accomplis sans le concours d'autorités étrangères, en particulier la notification de la demande au défendeur établi à l'étranger et l'apport d'éléments de preuve localisés hors du territoire où s'exerce le pouvoir de juridiction du tribunal saisi. L'importance des procédures d'entraide découle de la rigidité avec laquelle la plupart des états observent le principe de la territorialité en matière d'exécution d'actes judiciaires requis par une juridiction étrangère. Les divergences de systèmes, notamment entre les états de droit civil et ceux de Common Law complexifient également l'obtention de preuves à l'étranger. Dans le cadre d'une procédure d'entraide en matière d'obtention de preuves, le respect des garanties de procédure reconnues dans tout État de droit moderne et des principes cardinaux de procédure peuvent également être difficiles à assurer. C'est afin de surmonter ces écueils qu'ont été adoptées tout d'abord La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 (CLaH 54)<sup>1</sup> ; relative à la procédure civile, puis dans un second temps la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH 70)<sup>2</sup>. La présente contribution propose d'exposer les mécanismes de l'entraide internationale en matière civile avant d'aborder dans une seconde publication les questions pratiques auxquelles tant le preneur d'assurance que l'assureur RC peuvent se trouver confronter dans le cadre d'une commission rogatoire adressée à la Suisse.

## II. L'obtention de preuves à l'étranger

### A. Remarques générales

#### 1. La notion d'entraide judiciaire internationale en matière civile

L'entraide judiciaire internationale en matière civile fait partie du droit international de la procédure civile, lequel traite, à côté de l'entraide, les questions relatives à la compétence internationale des tribunaux ainsi que

die Prozessaussichten im ausländischen Verfahren nicht zu gefährden. Schliesslich werden auch die Folgen einer allfälligen unbefugten Vornahme einer Handlung durch eine Behörde oder einen Beamten für einen ausländischen Staat, nämlich die Strafbarkeit gemäss Art. 271 Ziff. 1 StGB diskutiert.

celles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements<sup>3</sup>.

L'entraide judiciaire internationale a pour objet le soutien de la justice d'un État requérant par les autorités et tribunaux de l'État requis qui accomplissent, sur leur territoire, des actes de procédure ou d'autres actes officiels et qui en communiquent le résultat aux autorités ou tribunaux de l'État requérant, en vue de son utilisation dans une procédure déterminée<sup>4</sup>.

Les actes d'entraide au sens classique comprennent la signification et la notification d'actes judiciaires et extrajudiciaires ainsi que l'obtention de preuves<sup>5</sup>. Entrent dans cette catégorie l'inspection locale, l'interrogatoire de témoins, l'audition des parties, la production de documents, la demande d'expertise, etc.<sup>6</sup>. Les actes d'entraide au sens large<sup>7</sup> comprennent d'autres actes d'autorité en faveur d'une procédure à l'étranger, comme l'assistance judiciaire internationale<sup>8</sup>, l'exécution de décisions<sup>9</sup>, l'entraide en matière d'enlèvement d'enfants<sup>10</sup> et l'entraide en matière d'application du droit<sup>11</sup>.

À noter que la notion d'« obtention de preuve ou d'autre acte judiciaire » englobe les moyens de preuves mentionnés aux art. 168 ss CPC ainsi que la preuve à future prévue à l'art. 158 CPC<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> Entraide judiciaire internationale en matière civile – Lignes directrices, 3e édition 2003 (état janvier 2013), 1.

<sup>4</sup> JAAC 1985 [49/I], 93.

<sup>5</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS, L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Berne 2014, N 15.

<sup>6</sup> OFJ, Lignes directrices, 1.

<sup>7</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 17 et 18.

<sup>8</sup> Notamment Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice (RS 0.274.133) et l'Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission de demandes d'assistance judiciaire (RS 0.274.137).

<sup>9</sup> Notamment la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.02), la Convention du 20 juin 1956 concernant le recouvrement des aliments à l'étranger (RS 0.274.15).

<sup>10</sup> Notamment la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02) et la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (RS 0.211.230.01).

<sup>11</sup> Notamment la Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger (RS 0.274.161).

<sup>12</sup> KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/RODRIGUEZ RODRIGO, Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen einschliesslich der Übereinkommen zum internationalen Kinderschutz, 2013, N 424.

<sup>1</sup> RS 0.274.12.

<sup>2</sup> RS 0.274.132.

## 2. *Entraide internationale et souveraineté étatique*

Selon le CP, commet une infraction « celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics » ainsi que « celui qui aura procédé à de tels actes pour un parti à l'étranger ou une organisation de l'étranger » et « celui qui aura favorisé de tels actes » (art. 271 ch. 1 CP – Actes exécutés sans droit pour un État étranger).

Commet également une infraction celui qui effectue en Suisse des actes qui violent la souveraineté territoriale de la Suisse et qui ne peuvent dès lors être accomplis qu'à la condition d'être autorisés par les autorités suisses. Commet également une infraction « celui qui aura violé la souveraineté territoriale d'un État étranger, notamment en procédant indûment à des actes officiels sur le territoire de cet État » (art. 299 al. 1 CP – Violation de la souveraineté territoriale étrangère).

Ces dispositions traduisent le principe général de droit international public selon lequel la souveraineté de chaque État s'arrête à ses frontières nationales ; les autorités d'un État ne peuvent ainsi, en principe, pas exercer d'actes de puissance publique en dehors de leur territoire<sup>13</sup>.

Selon la conception suisse – ainsi que selon celle de nombreux autres États – la notification d'actes judiciaires ou extrajudiciaires ainsi que l'obtention de preuves pour un procès constituent des actes de puissance publique<sup>14</sup>. Ces actes ne peuvent en conséquence pas être entrepris sans autre par l'autorité saisie à l'étranger et cette dernière doit alors recourir aux mécanismes de l'entraide, faute de quoi elle viole la souveraineté de l'État dans lequel elle accomplit de tels actes.

## 3. *Bases légales et droit applicable*

### a. *Conventions de la Haye*

Les Conventions multilatérales dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière civile sont :

- La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile ;
- La Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.

### b. *Accords bilatéraux*

Il existe par ailleurs avec certains États des accords bilatéraux qui autorisent la correspondance directe entre les autorités judiciaires ou qui servent de compléments aux conventions de La Haye précitées. Les pays avec

lesquels la Suisse a conclu de tels accords sont l'Allemagne<sup>15</sup>, l'Autriche<sup>16</sup>, la Belgique<sup>17</sup>, la France<sup>18</sup>, l'Italie<sup>19</sup>, le Luxembourg<sup>20</sup>, la Grèce<sup>21</sup>, Monaco<sup>22</sup>, le Pakistan<sup>23</sup>, la Pologne<sup>24</sup>, la Turquie<sup>25</sup>, la Hongrie<sup>26</sup>, la République tchèque<sup>27</sup>, la Slovaquie<sup>28</sup> et l'Estonie<sup>29</sup>.

Bien qu'il n'existe aucun accord écrit avec le Liechtenstein, la correspondance directe entre autorités est devenue une règle coutumière<sup>30</sup>.

### c. *Absence d'accord*

En l'absence d'un accord international, la Suisse applique aux requêtes étrangères qui lui sont adressées ou aux requêtes émanant de Suisse qui sont adressées à l'étranger la CLaH 54 comme droit autonome (voir l'art. 11a al. 4, LDIP)<sup>31</sup>. Les requêtes suisses devront, à défaut d'un accord et sauf usages contraires, suivre la voie diplomatique.

### d. *Droit applicable*

L'entraide judiciaire en matière civile, qui fait partie des rapports de droit international public, est du ressort de la Confédération (art. 54 al. 1 art. 122 al. 1 et art. 166 al. 2 Cst.). Il n'existe toutefois, au niveau fédéral, qu'une réglementation sommaire aux art. 11 à 11c LDIP. Comme les actes d'entraide qui sont opérés en Suisse doivent être exécutés selon le droit suisse (art. 11a al. 1 LDIP), les notifications et l'administration des preuves seront régies par le CPC<sup>32</sup>.

### e. *Principes de réciprocité*

Selon l'art. 21 al. 1 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit de traités<sup>33</sup>, un État qui n'a pas fait de réserve à une Convention peut se prévaloir d'une réserve faite par un autre État dans ses relations avec cet État. L'art. 21 CV reflète le principe de réciprocité en droit international public<sup>34</sup>. Une réserve modifie, pour l'État qui en est l'auteur, les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve dans ses relations avec

<sup>15</sup> RS 0.274.181.361.

<sup>16</sup> RS 0.274.181.631.

<sup>17</sup> RS 0.274.181.721.

<sup>18</sup> RS 0.274.183.491.

<sup>19</sup> RS 0.274.184.542.

<sup>20</sup> RS 0.274.185.181.

<sup>21</sup> RS 0.274.183.721.

<sup>22</sup> RS 0.274.185.671.

<sup>23</sup> RS 0.274.186.231.

<sup>24</sup> RS 0.274.186.491.

<sup>25</sup> RS 0.274.187.631.

<sup>26</sup> RS 0.274.184.181.

<sup>27</sup> RS 0.274.187.411.

<sup>28</sup> RS 0.274.187.411.

<sup>29</sup> RS 0.274.187.721.

<sup>30</sup> OFJ, Lignes directrices, 3.

<sup>31</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 52.

<sup>32</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 639 et 640.

<sup>33</sup> RS 0.111.

<sup>34</sup> LUCIUS CONRAD CAFLISH, La pratique suisse en matière de droit international public 2006, RSDIE 2007, 762.

<sup>13</sup> CR CP II-FISCHER/RICHA, art. 271 CP, No 1.

<sup>14</sup> ATF 124 V 47.

les autres États parties et réciproquement. Au moyen d'une réserve les États peuvent exclure l'applicabilité, à leur égard, d'une disposition inacceptable, en limiter le champ d'application ou en modifier le contenu<sup>35</sup>. Ainsi, en matière d'entraide, les autorités suisses doivent s'abstenir de procéder à l'étranger à des actes qui ne sont pas admis sur territoire suisse en raison des réserves faites par la Suisse aux Conventions de La Haye précitées<sup>36</sup>. Cela vaut tout particulièrement pour les réserves relatives aux voies de transmission des requêtes. Il est cependant possible pour les États de renoncer à se prévaloir du principe de réciprocité<sup>37</sup>.

#### 4. Matière « civile ou commerciales »

Les conventions de La Haye précitées trouvent toutes applications « en matière civile ou commerciale ». Cette notion ne devrait pas être définie de manière différente selon la Convention qui trouve application<sup>38</sup>. Cette notion n'est pas définie dans les Conventions et fait l'objet de controverses<sup>39</sup>.

Une Commission spéciale de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, à laquelle la Suisse a participé, a toutefois indiqué, s'agissant des CLaH 65 et 70, que l'expression « matière civile ou commerciale » devait être interprétée de manière autonome, sans référence exclusive au droit de l'État requérant ou de l'État requis ni application cumulative des deux droits<sup>40</sup>. Le droit de la faillite, le droit des assurances et le droit du travail peuvent être couverts par la notion de « matière civile ou commerciale »<sup>41</sup>. L'OFJ se rallie à ce point de vue et est ainsi d'avis que la notion de « matière civile ou commerciale » doit être comprise dans un sens large et ne doit pas nécessairement correspondre à celle utilisée sur le plan interne. De manière négative, l'OFJ considère que les CLaH ne visent ni la matière pénale, ni la matière fiscale<sup>42</sup>. Les litiges en matière civile – au sens « classique » du terme (droit de la famille, droit des successions, droits des sociétés, droits des obligations, droit de la propriété intellectuelle, etc.) – sans être nécessairement de nature patrimoniale, entrent néanmoins dans le champ d'application des CLaH<sup>43</sup>. Enfin, dans un litige opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique, l'affaire ne peut pas être considérée comme

étant de nature « civile ou commerciale ». Finalement, l'OFJ estime que, la notion large de « matière civile ou commerciale » au sens des Conventions de La Haye en matière d'entraide devrait inclure les cas dans lesquels un juge étatique prête son concours à une procédure arbitrale (voir les art. 184 et 185 LDIP)<sup>44</sup>.

### B. Obtention de preuves : Autorités compétentes et voies de transmissions

#### 1. Selon le chapitre I CLaH 70 : La commission rogatoire

Dans le cadre du chapitre I, qui règle les commissions rogatoires, l'art. 1 al. 1 CLaH 70 dispose que « l'autorité judiciaire » d'un État contractant peut demander par commission rogatoire à l'autorité compétente d'un autre État de faire tout acte d'instruction. L'OFJ considère dès lors que la requête d'entraide doit effectivement émaner d'une autorité et non d'une personne privée, par exemple d'un avocat. Cette interprétation découle du texte de la CLaH 70. Elle permet également 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 requises selon leur pertinence pour le litige concerné<sup>45</sup>. Les autorités suisses, quant à elles, ne peuvent refuser une requête que dans les limites de l'art. 12 CLaH 70<sup>46</sup>.

La demande d'entraide sera envoyée à l'autorité centrale de l'État de destination (autorité réceptrice); le cas échéant, elle transitera par l'autorité centrale de l'État requérant. L'autorité centrale cantonale du lieu d'exécution de la demande est ainsi l'autorité réceptrice lorsque la requête vient de l'étranger. De telles requêtes peuvent toutefois être adressées à l'OFJ, qui les transmet à l'autorité centrale cantonale compétente<sup>47</sup>.

Les requêtes suisses sont transmises à l'autorité centrale désignée par l'État de destination<sup>48</sup> ou directement à l'autorité responsable, pour exécution, lorsqu'un accord bilatéral prévoit des échanges directs entre les autorités. Si une autorité reçoit une demande ne la concernant pas, il lui appartient, selon l'article 6 CLaH 70, de la transmettre sans retard à l'autorité compétente.

#### 2. Selon le chapitre II CLaH 70 : Obtention de preuves par des agents diplomatiques ou consulaires et par des commissaires

L'autorité requérante sera, en règle générale, l'autorité saisie du litige dans l'État requérant. Au titre de l'art. 17 CLaH 70 toutefois, ce sont parfois les parties

<sup>35</sup> LUCIUS CONRAD CAFLISH, La pratique suisse en matière de droit international public 2006, RSDIE 2007, 762.

<sup>36</sup> OFJ, Lignes directrices, 4.

<sup>37</sup> OFJ, Lignes directrices, 4.

<sup>38</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 548.

<sup>39</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 49 et 52.

<sup>40</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 51.

<sup>41</sup> ATF 94 III 37; ATF 96 III 65; RSJ 1967, 65s.

<sup>42</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 273.

<sup>43</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 57.

<sup>44</sup> OFJ, Lignes directrices, 5.

<sup>45</sup> OFJ, Lignes directrices, 21.

<sup>46</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 585.

<sup>47</sup> OFJ, Lignes directrices, 21.

<sup>48</sup> OFJ, Lignes directrices, 21. À ce propos, le Guide de l'entraide judiciaire peut être consulté à l'adresse suivante (consulté le 17 octobre 2022) : <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfeuehrer.html>.

ou leurs représentants qui formulent la requête en y joignant la décision du juge saisi relative à la désignation d'un commissaire<sup>49</sup>.

Tout comme dans le cadre du chapitre I CLaH 70, la demande d'entraide sera transmise à l'autorité centrale de l'État de destination (autorité réceptrice), le cas échéant par l'intermédiaire de l'autorité centrale de l'État requérant. L'autorité centrale cantonale du lieu d'exécution de la demande est ainsi l'autorité réceptrice lorsque la requête vient de l'étranger<sup>50</sup>. Une telle requête peut, toutefois, être adressées à l'OFJ, qui la fera suivre à l'autorité centrale cantonale compétente. Dans le cadre des art. 15 à 17 CLaH 70 où une autorisation du DFJP est nécessaire, il est recommandé d'adresser une copie de la requête à l'OFJ afin d'accélérer le processus de décision<sup>51</sup>.

Les requêtes suisses sont transmises à l'autorité (centrale) désignée par l'État de destination<sup>52</sup>. À ce sujet, l'OFJ renvoie aux déclarations faites par les différents États contractants<sup>53</sup>.

Si une autorité reçoit une demande ne la concernant pas, il lui appartient de la transmettre sans retard à l'autorité compétente (art. 6 CLaH 70).

### 3. Selon la CLaH 54

Les commissions rogatoires doivent émaner d'une autorité judiciaire, comme dans le cadre de la CLaH 70. L'autorité judiciaire étrangère adressera sa requête à la représentation de son État en Suisse. Cette dernière transmettra la requête à l'OFJ, qui la fera suivre à l'autorité cantonale compétente. Les requêtes suisses seront adressées à l'OFJ, qui les transmettra à la représentation suisse compétente de l'État de destination. Celle-ci les fera suivre à l'autorité que l'État de destination aura désignée compétente au sens de l'art. 9 CLaH 54<sup>54</sup>.

### 4. En l'absence d'accord

À défaut d'accord, la Suisse applique la CLaH 54 aux requêtes étrangères ou émanant de Suisse (voir l'art. 11a al. 4 LDIP). Sauf usage contraire, les requêtes suisses suivront la voie diplomatique.

### 5. Autres voies de transmission

Toutes les conventions autorisent la conclusion d'accords bilatéraux prévoyant des conditions plus favorables. Ainsi, la correspondance directe reste possible

entre les autorités ou les tribunaux requérants et requis de certains États<sup>55</sup>. La voie diplomatique peut toujours être suivie, même lorsqu'une convention prévoit une voie de transmission plus rapide<sup>56</sup>.

## C. Exigences relatives à la requête

### 1. En application du chapitre I de la CLaH 70 – Commission rogatoire

#### a. Forme

La CLaH 70 n'exige pas qu'une formule modèle soit utilisée pour la requête<sup>57</sup>.

#### b. Contenu (art. 3 CLaH 70)

Conformément à l'art. 3 CLaH 70, la commission rogatoire doit contenir les indications suivantes<sup>58</sup> :

- la désignation de l'autorité requérante et si possible de l'autorité requise ;
- l'identité et l'adresse des parties et le cas échéant de leurs représentants ;
- la nature et l'objet de l'instance et un exposé sommaire des faits ;
- les actes d'instruction ou autres actes judiciaires à accomplir.

Au besoin, la commission rogatoire contiendra en outre<sup>59</sup> :

- les noms et adresses des personnes à entendre ;
- les questions à poser aux personnes à entendre ou les faits sur lesquels elles doivent être entendues ;
- les documents ou autres objets à examiner ;
- la demande de recevoir la déposition sous serment ou avec affirmation et le cas échéant l'indication de la formule à utiliser ;
- les formes spéciales dont l'application est demandée conformément à l'art. 9 CLaH 70.

#### c. Langues et traductions (art. 4 CLaH 70)

Chaque État contractant doit accepter la commission rogatoire rédigée en langue française ou anglaise, ou accompagnée d'une traduction certifiée conforme dans l'une de ces langues, à moins qu'il n'ait formulé une réserve en conséquence<sup>60</sup>. 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<sup>61</sup>.

<sup>49</sup> OFJ, Lignes directrices, 22.

<sup>50</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 604.

<sup>51</sup> OFJ, Lignes directrices, 22.

<sup>52</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 607.

<sup>53</sup> Office fédéral de la justice, Guide de l'entraide judiciaire – Index des pays : <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html> (consulté le 17 octobre 2022).

<sup>54</sup> OFJ, Lignes directrices, 22.

<sup>55</sup> OFJ, Lignes directrices, 3.

<sup>56</sup> OFJ, Lignes directrices, 11.

<sup>57</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 616.

<sup>58</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 110-121.

<sup>59</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 122-140.

<sup>60</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 153.

<sup>61</sup> OFJ, Lignes directrices, 23.

*d. Exécution**aa. Droit applicable (art. 9 CLaH 70)*

En général, l'exécution d'une commission rogatoire s'effectue en application du droit des autorités requises<sup>62</sup>. En Suisse, il s'agit des lois d'organisation judiciaire cantonales et du CPC tels qu'ils découlent de l'art. 122 Cst<sup>63</sup>. Le tribunal requis applique les moyens de contrainte appropriés et prévus par sa loi interne dans la même mesure où il y serait obligé pour l'exécution d'une commission des autorités de l'État requis ou d'une demande formulée à cet effet par une partie intéressée (art. 10 CLaH 70). Lorsque l'application du droit de l'État requérant est demandée (art. 9 al. 2 CLaH 70), il est accédé à cette requête, sauf si la forme est incompatible avec la loi de l'État requis ou si son application n'est pas possible en raison de difficultés pratiques<sup>64</sup>. Ainsi, les « affidavits », déclarations écrites à annexer à la déposition que les Américains requièrent souvent en guise de serment, peuvent être admis sans difficulté<sup>65</sup>. Encore faut-il que le témoin y consente. S'il s'y refuse, il ne peut y être forcé. Il est également possible d'admettre des « doubles interrogatoires » (« cross-examination »)<sup>66</sup>. Toutefois, dans de tels cas, le juge suisse assure la direction de la procédure et doit intervenir lorsqu'il l'estime nécessaire. Il lui appartient en particulier d'informer le témoin de son droit de ne pas témoigner ou de l'interdiction de témoigner dont il est frappé. Le juge suisse est également la seule personne autorisée à faire usage de moyens de contrainte à l'égard du témoin<sup>67</sup>. À noter finalement, que lorsque l'État requérant demande l'application d'une forme spéciale, il doit en supporter les frais (art. 14 al. 2 CLaH 70).

*bb. Obtention des preuves par une personne mandatée par l'autorité requise (art. 14 al. 3 CLaH 70)*

L'autorité requise qui n'est pas en mesure d'exécuter elle-même la commission rogatoire peut en charger une personne habilitée à cet effet<sup>68</sup>. C'est particulièrement le cas lorsque la requête est destinée à des États de *common law* : le tribunal requis peut se trouver dans l'impossibilité d'exécuter lui-même la commission rogatoire, car, selon sa procédure, il appartient aux parties de réunir les preuves. Conformément à l'art. 14 al. 3 CLaH 70, l'autorité requise peut, en pareille cas, habiliter une personne qualifiée à exécuter la commis-

sion rogatoire, si l'autorité requérante y consent. En donnant son consentement, l'autorité requérante se déclare prête à assumer les frais en découlant<sup>69</sup>.

*cc. Droit de refuser le témoignage*

La personne à interroger ou à laquelle la production de documents est demandée peut invoquer une dispense ou une interdiction de déposer prévue soit par la loi de l'État requis, soit par celle de l'État requérant (art. 11 CLaH 70). Dans ces cas, les actes correspondants, tels que l'interrogatoire et l'édition de documents, ne peuvent pas être effectués<sup>70</sup>. La personne à interroger peut notamment invoquer le droit à la non-incrimination, l'immunité diplomatique, la protection des données et le respect de la vie privée, le secret professionnel de l'avocat, le droit de ne pas incriminer un époux, un parent ou un proche etc<sup>71</sup>.

*dd. Participation des magistrats de l'autorité requérante (art. 8 CLaH 70) et/ou des parties ou de leurs représentants (art. 7 CLaH 70)*

Si l'autorité requérante souhaite que certains de ses magistrats assistent à l'exécution d'une commission rogatoire, elle doit en demander l'autorisation préalable à l'autorité chargée de l'exécution (art. 8 *cum* art. 35 al. 2 let. c CLaH 70 ; réserve de la Suisse). Les parties et/ou leurs représentants peuvent également assister à l'exécution de la commission rogatoire si elles le demandent (art. 7 CLaH 70). Selon l'OFJ, l'autorité étrangère requérante et/ou les parties et/ou leurs représentants doivent pouvoir intervenir s'ils le souhaitent. Toutefois, le juge suisse reste maître de la procédure et la seule personne autorisée à user de moyens de contrainte à l'encontre de la personne visée par la commission rogatoire. Il lui appartient, en outre, de rappeler au témoin son droit de ne pas témoigner ou l'interdiction de témoigner dont il fait l'objet<sup>72</sup>.

Une vidéoconférence peut également être organisée conformément au chapitre II de la CLaH 70 lorsque les parties ne peuvent pas être présentes physiquement lors de l'acte d'instruction effectué par le tribunal. Pour recourir à un tel procédé, il faut néanmoins en faire la demande au préalable et s'assurer que l'identité des participants peut être vérifiée<sup>73</sup>.

<sup>62</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 212.

<sup>63</sup> OFJ, Lignes directrices, 24.

<sup>64</sup> OFJ, Lignes directrices, 24.

<sup>65</sup> OFJ, Lignes directrices, 24; DOROTHEE SCHRAMM, *Entwicklungen bei der Strafbarkeit von privaten Zeugenbefragungen in der Schweiz durch Anwälte für ausländische Verfahren*, AJP/PJA 4/2006 S. 499.

<sup>66</sup> BUREAU PERMANENT (n. 39), N 221.

<sup>67</sup> OFJ, Lignes directrices, 24.

<sup>68</sup> BUREAU PERMANENT (n. 41), N 208-209.

<sup>69</sup> BUREAU PERMANENT (n.415), N 264.

<sup>70</sup> KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/RODRIGUEZ RODRIGO (n. 12), N 464.

<sup>71</sup> BUREAU PERMANENT (n. 41), N 269-274.

<sup>72</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 580-587; OFJ, Lignes directrices, 25.

<sup>73</sup> OFJ, Lignes directrices, 35; KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/RODRIGUEZ RODRIGO (n. 12), N 480 ff.).

*ee. Motifs de refus*

Les autorités requises ne peuvent rejeter une requête que dans les cas suivants<sup>74</sup> :

- s’il ne s’agit pas d’une affaire civile ou commerciale ;
- si la requête ne remplit pas les conditions de forme prescrites (art. 3 CLaH 70) ou n’a pas été envoyée avec la traduction nécessaire (art. 4 CLaH 70). Dans ce cas, il convient tout d’abord d’inviter l’autorité requérante à compléter sa requête (art. 5 CLaH 70);
- si l’authenticité de la requête n’est pas établie (en général, le fait que la requête a été acheminée par la voie habituelle est une preuve suffisante de son authenticité<sup>75</sup>;
- si l’exécution de la requête ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire (art. 12, al. 1<sup>er</sup> CLaH 70 ; par ex. lorsqu’il s’agit du recouvrement en Suisse d’une somme d’argent et que la partie créancière doit agir elle-même par les voies de l’exécution forcée);
- si, de l’avis de l’État requis, l’exécution de la requête est de nature à porter atteinte à sa souveraineté (par ex. des mesures de contrainte ordonnées à l’appui de décisions étrangères influençant le cours de la procédure) ou à sa sécurité (art. 12 al. 1<sup>er</sup> CLaH 70);
- si la forme préconisée pour l’exécution de la requête est contraire à la législation de l’État requis (avant d’écarter définitivement la requête, il convient de demander à l’État étranger si le tribunal requérant accepte que l’exécution se déroule dans les formes que les lois de l’État requis autorisent ; art. 9 CLaH 70).

*ff. Frais*

Par principe, aucune facture de frais ne peut être présentée à l’État requérant pour le travail accompli (art. 14 al. 1 CLaH 70). L’État requis a toutefois le droit d’exiger le remboursement des indemnités payées aux experts et interprètes et des frais résultants de l’application, sur demande de l’État requérant, d’une forme spéciale, conformément à l’art. 9 al. 2 CLaH 70. Lorsque l’autorité requise a habilité une personne à procéder à l’obtention des preuves, selon l’art. 14, al. 3, CLaH 70 et reçu le consentement de l’autorité requérante après indication du montant approximatif des frais consécutifs, elle a le droit de lui imputer les coûts engendrés. Le consentement de l’autorité requérante implique l’obligation de rembourser les frais résultants

du recours à une tierce personne. Si l’autorité requérante ne donne pas son consentement, elle n’est pas redevable de ces frais<sup>76</sup>. L’art. 26 CLaH 70 prévoit que chaque État contractant peut, s’il y est tenu pour des raisons de droit constitutionnel, inviter l’État requérant à rembourser les frais d’exécution de la commission rogatoire et concernant la notification à comparaître, les indemnités dues à la personne qui fait la déposition et l’établissement du procès-verbal de l’acte d’instruction. Lorsqu’un État a fait usage de cette disposition, tout autre État contractant peut inviter cet État à rembourser lesdits frais. Ladite disposition doit cependant être considérée comme une norme spéciale<sup>77</sup>.

2. *En application du chapitre II de la CLaH 70 (art. 15 à 22) – Obtention de preuves par des agents diplomatiques ou consulaires et par des commissaires*

a. *Généralités*

Comme précédemment mentionné, celui qui, sans y être autorisé, procède sur le territoire suisse pour un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics, commet une infraction en vertu de l’art. 271 ch. 1 CP. Ainsi, à défaut d’autorisation, la partie étrangère procédant, en Suisse, de son propre chef à l’audition de témoins ou à la recherche de preuves est punissable (la préparation ordinaire d’un procès par un avocat a toutefois toujours été possible sans autorisation). Cette situation présente certains inconvénients pour les pays qui, tels que les États-Unis, considèrent que l’obtention de preuves est de la compétence des parties<sup>78</sup>. La CLaH 70 pallie cet inconvénient en prévoyant 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. Conformément aux articles précités, 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>79</sup>.

b. *Conditions fixées à l’art. 21 CLaH 70 – Garanties de procédure*

L’agent diplomatique ou consulaire procède selon son droit, i.e. le droit de l’État qu’il représente<sup>80</sup>.

L’art. 21 CLaH 70 pose les conditions suivantes<sup>81</sup> :

- Le représentant ou commissaire peut procéder à tout acte d’instruction dans la mesure où celui-ci est compatible avec la loi de l’État de l’exécution

<sup>74</sup> OFJ, Lignes directrices, 25.

<sup>75</sup> Voir à ce propos la Convention européenne relative à la suppression de la légalisation des actes établis par les agents diplomatiques ou consulaires (RS 0.172.030.3).

<sup>76</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 682.

<sup>77</sup> OFJ, Lignes directrices, 26.

<sup>78</sup> OFJ, Lignes directrices, 27-28.

<sup>79</sup> OFJ, Lignes directrices, 27-28.

<sup>80</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 774.

<sup>81</sup> OFJ, Lignes directrices, 28.

et conforme à l'autorisation accordée. Aux mêmes conditions, il peut aussi recevoir une déposition sous serment ou avec affirmation (art. 21 let. a CLaH 70).

- À l'exception des cas dans lesquels la personne visée par l'acte d'instruction est ressortissante de l'État où la procédure est engagée, toute convocation à comparaître ou à participer à un acte d'instruction doit 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 doit 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. La personne en question est ainsi libre de ne pas collaborer du tout ou d'interrompre l'acte d'instruction (art. 21 let. c CLaH 70).
- L'agent consulaire ou diplomatique ou le commissaire ne peut exercer aucune mesure de contrainte à l'égard de la personne visée par la demande. Toutefois, l'art. 18 CLaH 70 dispose que les États peuvent, dans une déclaration, donner la faculté aux personnes étrangères autorisées à procéder à des actes d'instruction de s'adresser à l'autorité compétente pour obtenir l'assistance nécessaire à l'accomplissement de tels actes par voie de contrainte. La Suisse n'a fait aucune déclaration en la matière, si bien qu'il n'est pas possible de contraindre les personnes visées par les actes d'instruction à collaborer au titre des dispositions du chapitre II CLaH 70. En cas de refus de collaboration, la seule voie possible est celle qui est prévue par le chapitre I CLaH 70.
- Contrairement aux procédures selon le Chapitre I CLaH 70, l'acte d'instruction est, en règle générale, accompli selon les formes prévues par la loi du tribunal devant lequel la procédure est engagée. Toutefois, si les formes préconisées sont interdites par la loi de l'État de l'exécution, il ne peut en être fait usage (art. 21 let. d CLaH 70).
- Sont également autorisées les auditions contradictoires (« cross-examination »), durant lesquelles le témoin est interrogé par les avocats des deux parties (art. 21 let. d CLaH 70).
- Comme dans le cadre d'une commission rogatoire selon le chapitre I CLaH 70, la personne à entendre peut invoquer une dispense ou une interdiction de témoigner (art. 21 let. e *cum* art. 11 CLaH 70).

c. *Procédure d'autorisation devant les autorités suisses et contenu de la requête*

La demande étrangère d'obtention de preuves selon les art. 15 à 17 CLaH 70 est soumise, en Suisse, à au-

torisation préalable du DFJP<sup>82</sup>. La demande étrangère doit toutefois être adressée en premier lieu à l'autorité centrale du canton où aura lieu l'acte d'instruction, accompagnée de ses annexes qui devront être rédigées dans la langue officielle du canton en question et éventuellement de l'OFJ afin d'accélérer la procédure<sup>83</sup>. Après examen de la demande, l'autorité centrale cantonale transmet la demande à l'OFJ en indiquant, le cas échéant, si elle est opposée à l'octroi de l'autorisation ou si elle souhaite que l'autorisation soit assortie de certaines conditions. Lorsque les conditions et garanties de procédure selon l'art. 21 CLaH 70 sont réunies, le DFJP accorde l'autorisation<sup>84</sup>. Une avance des frais de procédure sera toutefois requise au préalable (art. 5 et 13 de l'Ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative<sup>85</sup>). Si une audition contradictoire (« cross-examination ») est prévue, deux modes de faire peuvent être envisagés. Premièrement, un commissaire unique peut être nommé – par exemple une personne neutre – qui présidera les débats et veillera à ce que l'interrogatoire par les avocats des parties se déroule en conformité avec le droit suisse. Dans un tel cas, une seule autorisation sera délivrée. Il est également envisageable que chacun des représentants soit nommé commissaire. Une autorisation sera alors accordée à chacune des personnes qui procédera à l'interrogatoire<sup>86</sup>.

La requête tendant à l'octroi de l'autorisation doit<sup>87</sup> :

- décrire la nature et l'objet du litige ;
- indiquer le montant de la valeur litigieuse ; cela est nécessaire pour fixer le montant de l'avance des frais. La décision relative à l'autorisation ne sera rendue qu'après paiement de l'avance des frais ;
- indiquer l'identité et l'adresse (y compris le numéro de fax, l'adresse de courriel) des parties au litige ;
- indiquer l'identité et l'adresse (y compris le numéro de fax, l'adresse de courriel) des conseils des parties ;
- indiquer le genre et le motif des actes de procédure envisagés ; il convient de décrire de manière suffisamment détaillée les modalités des actes envisagés pour que l'autorisation les couvre tous. Dans la mesure du possible, le nom et l'adresse de toutes les personnes souhaitant participer aux actes de procédure devraient figurer dans la requête ;

<sup>82</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 770 et 780.

<sup>83</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 782.

<sup>84</sup> OFJ, Lignes directrices, 29.

<sup>85</sup> RS 172.041.0.

<sup>86</sup> OFJ, Lignes directrices, 29.

<sup>87</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 783; OFJ, Lignes directrices, 29.

- indiquer le nom et l'adresse des personnes visées par les actes de procédure envisagés ;
- indiquer le nom et l'adresse de la personne ou des personnes qui procéderont aux actes d'instruction lorsqu'il s'agit d'une demande selon l'art. 17 CLaH 70. Au titre des art. 15 et 16 CLaH 70, l'autorisation sera accordée de manière générale aux agents consulaires ou diplomatiques de la représentation concernée ;
- proposer une date à laquelle les parties souhaitent procéder à l'acte d'instruction. La requête devrait être déposée deux mois avant la date proposée. Il convient en outre d'annexer à la requête la décision du tribunal étranger nommant le commissaire.

Avant l'envoi de la requête, il est recommandé de requérir le consentement écrit de la personne visée par la requête, d'où il ressort qu'elle collabore de son plein gré<sup>88</sup>, qu'elle sait qu'elle ne peut faire l'objet d'aucune mesure de contrainte, qu'elle ne peut être obligée de participer ou de comparaître et qu'elle est en droit de se prévaloir d'une dispense ou d'une interdiction de témoigner prévue soit par le droit de l'État requis soit par le droit de l'État requérant (art. 21 CLaH 70). En effet, s'il s'avérait par la suite que la personne concernée ne souhaite pas coopérer, toute la procédure aurait été inutile, tout en engendrant des frais (émoluments). Enfin, la requête ne doit pas nécessairement émaner du tribunal étranger ; elle peut émaner d'une partie ou de son avocat. La requête sera alors accompagnée d'une procuration de la partie ou d'une autorisation délivrée par le tribunal étranger et de la décision du tribunal étranger nommant le commissaire. Le DFJP doit notifier les autorisations qu'il accorde. Pour que les notifications puissent avoir lieu dans les meilleurs délais, il convient de faire élection de domicile en Suisse<sup>89</sup>. À défaut d'une telle élection, les décisions doivent être notifiées par la voie de l'entraide judiciaire, ce qui ralentit la procédure.

*d. Requêtes suisses destinées à l'étranger et obtention des preuves par des agents diplomatiques ou consulaires suisses*

De manière générale, si l'État de résidence le permet, les représentations suisses (les agents diplomatiques ou consulaires suisses) pourront procéder à des actes d'instruction en matière civile ou commerciale à l'égard des ressortissants suisses, de même qu'à l'égard des autres personnes qu'elles représentent (art. 15 CLaH 70). À moins que l'État de résidence n'ait fait une déclaration générale autorisant l'exécution d'actes d'instruction en matière civile et commerciale à l'encontre de ses ressortissants et des ressortissants des États tiers (art. 16

CLaH 70), de tels actes ne pourront être effectués par les représentations suisses qu'avec l'autorisation des autorités compétentes de cet État<sup>90</sup>.

*3. En application de la CLaH 54*

*a. Renvoi à la CLaH 70*

Le chapitre II de la CLaH 54 a servi de base au chapitre I de la CLaH 70, de sorte que seules les différences entre les deux conventions seront abordées ci-dessous. Pour ce qui est du chapitre II CLaH 70, il est nouveau et il n'existe aucun chapitre correspondant dans la CLaH 54. Pour la recherche de preuves par des personnes privées ou par des agents diplomatiques ou consulaires dans le cadre de la CLaH 54 (voir bg) ci-dessous.

*b. Forme et contenu*

Tout comme la CLaH 70, la CLaH 54 ne prévoit aucun formulaire. En outre, la CLaH 54 n'indique pas non plus quelles informations doivent figurer dans la requête. L'OFJ recommande cependant d'utiliser le modèle proposé sur son site Internet<sup>91</sup> ou de s'inspirer du modèle proposé dans le cadre de la CLaH 70<sup>92</sup>.

*c. Langues et traduction*

En principe, les demandes d'entraide judiciaire sont soit formulées dans la langue de l'autorité requise, soit assorties d'une traduction certifiée conforme dans cette langue (art. 10 CLaH 54). Sauf accord bilatéral contraire, les requêtes de l'étranger doivent ainsi être rédigées dans l'une des langues officielles suisses, en fonction du lieu où la requête sera exécutée. Contrairement à l'art. 4 al. 3 CLaH 70, l'art. 10 CLaH 54 n'invite pas les États qui ont plusieurs langues officielles à faire connaître, au moyen d'une déclaration, la langue dans laquelle la commission rogatoire doit être rédigée ou traduite<sup>93</sup>. Ainsi, la Suisse n'a fait aucune déclaration à cet égard, ce qui a parfois pour conséquence que des requêtes étrangères sont certes formulées dans une des langues officielles suisses, mais pas dans celle du lieu d'exécution. Dans de tels cas, l'OFJ recommande d'accepter la requête dans la mesure du possible, tout en invitant l'autorité requérante à rédiger à l'avenir ses requêtes dans la langue officielle du lieu d'exécution<sup>94</sup>.

*d. Droit applicable*

Conformément à l'art. 14 al. 1 CLaH 54, les autorités requises appliquent leur propre droit. Lorsque l'État requérant demande que l'exécution de la requête s'opère en application de son propre droit, sa requête ne sera

<sup>88</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 785.

<sup>89</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 786.

<sup>90</sup> DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS (n. 5), N 788.

<sup>91</sup> Modèles et formulaires, Internet : <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/muster.html> (consulté le 17 octobre 2022).

<sup>92</sup> OFJ, Lignes directrices, 31.

<sup>93</sup> OFJ, Lignes directrices, 31.

<sup>94</sup> OFJ, Lignes directrices, 31.

refusée que si la forme exigée est contraire à la législation de l'État requis.

*e. Motifs de refus*

Ce sont les mêmes que ceux indiqués dans le cadre de la CLaH 70.

*f. Frais*

En principe, l'exécution de la demande d'entraide est gratuite. Toutefois, contrairement à ce qu'établit la CLaH 70, les indemnités payées aux témoins ainsi que les frais occasionnés par la comparution d'un témoin peuvent être imputés. En outre, tout comme le prévoit la CLaH 70, les indemnités versées aux experts ainsi que les débours résultant de l'application du droit étranger lors de l'exécution sont susceptibles de remboursement (art. 16 al. 2 CLaH 54).

*g. Preuves obtenues directement par les parties en Suisse ou les représentations diplomatiques ou consulaires, dans le cadre de la CLaH 54*

*aa. Actes accomplis par les parties en Suisse*

L'obtention de preuves par un commissaire est l'une des principales innovations de la CLaH 70. La CLaH 54, elle, ne l'autorise pas. Dès lors, l'art. 271 CP conserve toute sa portée. L'autorisation au terme de l'art. 271 CP est accordée de manière restrictive. Ainsi, une autorisation n'est accordée que lorsque l'entraide est théoriquement admise (c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de motif de refus) et lorsqu'il s'avère quasiment impossible de confier, par voie d'entraide judiciaire, aux pouvoirs publics suisses la recherche de moyens de preuve<sup>95</sup>.

*bb. Actes accomplis par des agents diplomatiques ou consulaires*

L'article 15 de la CLaH 54 autorise les autorités étrangères requérantes à faire directement exécuter leurs requêtes par leurs agents diplomatiques ou consulaires dans l'État requis, si un accord entre les États intéressés l'admet expressément ou si l'État sur le territoire duquel la commission rogatoire doit être exécutée ne s'y oppose pas. La Suisse n'a passé aucun accord de ce genre et ne tolère pas, de manière générale, la recherche de moyens de preuve, sur son territoire, par des agents diplomatiques ou consulaires<sup>96</sup>. Dans les pays où il incombe aux parties de procéder à des actes de procédure, les ambassades et consulats suisses peuvent – avec l'assentiment de l'État hôte – inviter des ressortissants suisses ou étrangers au siège de la représentation pour les interroger, ou se rendre chez les intéressés pour les entendre. Cependant, les agents

diplomatiques ou consulaires suisses ne peuvent en aucun cas faire usage de moyens de contrainte<sup>97</sup>.

**D. Recherche de moyens de preuve en l'absence d'accord**

En l'absence d'un traité international, les autorités suisses appliquent la CLaH 54 aux requêtes étrangères ou aux requêtes émanant de Suisse et destinées à l'étranger (art. 11a al. 4 LDIP et 11a al. 1 à 3 LDIP). En règle générale, les demandes doivent être traduites. S'agissant des requêtes suisses destinées à l'étranger, l'OFJ demandera à l'autorité suisse – pour les États avec lesquels il n'existe aucun accord à cet égard – une garantie de remboursement pour le cas où des frais seraient facturés<sup>98</sup>. À défaut d'usages ou d'accords contraires, les requêtes suisses destinées à l'étranger suivront la voie diplomatique. De manière générale, l'obtention de preuves par des agents diplomatiques ou consulaires étrangers sur le territoire suisse n'est pas tolérée<sup>99</sup>. Comme en l'absence d'accord international, il est d'usage d'appliquer la réciprocité, les ambassades et consulats suisses doivent, de manière générale, s'abstenir de recueillir des preuves sur le territoire de l'État hôte<sup>100</sup>.

**E. La particularité de la procédure de « pre-trial discovery »**

Le droit de procédure civile américain connaît une procédure d'administration des preuves appelée « pre-trial discovery »<sup>101</sup>. Celle-ci a lieu après le dépôt de la demande, mais avant les débats principaux. Selon le système américain de la « discovery », chaque partie est tenue de fournir à son adversaire toutes les informations pertinentes pour le litige. Cette phase de la procédure se déroule en l'absence du juge. Le tribunal n'intervient que si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord ou si l'une d'entre elles ne coopère pas. Le cas échéant, le juge pourra utiliser des moyens de contrainte. Le tribunal peut toutefois, dans le cadre de sa propre procédure, attacher des conséquences procédurales au refus d'une partie de collaborer. La partie concernée peut donc avoir un intérêt à coopérer « volontairement » en Suisse afin de ne pas compromettre les perspectives de procès dans la procédure étrangère<sup>102</sup>. Enfin, ces demandes d'entraide ne doivent pas mettre en danger les intérêts dignes de protection des personnes concernées<sup>103</sup>.

<sup>95</sup> JAAC 1997 [61/82], 789.

<sup>96</sup> JAAC 1968-1969 [34/15], 31.

<sup>97</sup> OFJ, Lignes directrices, 32.

<sup>98</sup> OFJ, Lignes directrices, 32.

<sup>99</sup> JAAC 1968-1969 [34/15], 31.

<sup>100</sup> JAAC 1968-1969 [34/15], 33.

<sup>101</sup> Zum Beweisverfahren (Discovery) in USA: DEBUSSCHERE DAVID/KLETT BARBARA, *Prozessieren in den USA*, HAVE 3/2015, S. 283.

<sup>102</sup> KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/RODRIGUEZ RODRIGO, (n. 12), N 272, 474.

<sup>103</sup> KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/RODRIGUEZ RODRIGO, (n. 12), N 475.

La Suisse s'est réservé le droit de n'accepter les demandes d'entraide judiciaire relatives à une telle procédure que dans le cadre de la CLaH 70 et aux conditions fixées par celle-ci. La demande doit indiquer le plus précisément possible quels documents sont demandés et dans quel but, les « fishing expéditions » n'étant pas autorisées. Il doit de plus exister un lien direct et nécessaire entre la demande et la procédure en cours à l'étranger. Finalement, les moyens de contrainte étant exclus, il est nécessaire que la partie concernée se conforme volontairement à l'acte d'instruction<sup>104</sup>.

#### F. Conclusions

Le processus de globalisation actuel a pour conséquence que de plus en plus souvent, les tribunaux sont saisis de procédures civiles dans lesquelles l'une des parties ou des moyens de preuves se situent dans un État tiers. Afin que ces parties ou ces moyens de preuve puissent participer à la procédure sur le plan international, les obstacles relevant de la souveraineté territoriale peuvent être évités grâce à l'entraide judiciaire en matière civile, que celle-ci soit basée sur la CLaH 70, la CLaH 54 ou encore un traité bilatéral. Le mécanisme de l'entraide, soulève cependant certaines questions pratiques délicates auxquelles les parties peuvent être confrontées, notamment en matière de « cross-examination » si une juridiction de common law est impliquée, de respect des règles procédurales de l'État requis ou requérant notamment en ce qui concerne le droit du témoin à ne pas témoigner, et de la possibilité de recourir à la visioconférences ou à des entretiens téléphoniques dans le cadre de l'audition des parties et des témoins. Ces problématiques seront analysées dans la seconde partie à paraître de la présente publication.

<sup>104</sup> KOSTKIEWICZ JOLANTA KREN/RODRIGUEZ RODRIGO, (n. 12), N 471 ff.