

die Publikation des BAV

in dubio

- Interview mit Herrn Hansjürg Hubacher, Geschäftsleiter Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland
- Juristischer Artikel: Nouvelles d'Outre-Atlantique: Facebook ou l'Arme fatale en Matière de Preuve de Jean-Rodolphe Fiechter, LL.M (New York & Singapour)

1_11



bavaab 

Bernischer Anwaltsverband
Association des avocats bernois

Nouvelles d’Outre-Atlantique: Facebook ou l’Arme fatale en Matière de Preuve

Jean-Rodolphe Fiechter, LL.M. (New York & Singapour), avocat auprès de l’Etude Kellerhals à Berne, revient d’un semestre passé au sein de l’Etude Patterson Belknap Webb & Tyler LLP à New York

Tandis que la popularité des sites de réseautage social tels que Facebook ou MySpace atteint son apogée en Amérique du Nord et que leur utilisation à des fins commerciales ne cesse de faire les gros titres, ces sites se révèlent être de véritables malles aux trésors dans la pratique judiciaire.

Quel futur employeur n’a-t-il pas consulté le profil de ses candidats avant de leur proposer un entretien d’embauche? De même, quelle partie à un procès n’a-t-elle pas songé à épier ce que faisait l’autre dans sa sphère virtuelle? Il n’est dès lors guère surprenant que l’utilisation des sites de réseautage social (SRS) par les avocats de la défense soit un des thèmes les plus débattus actuellement de l’autre côté de l’Atlantique.

Contradictions entre allégations et profil Facebook

Dans un système qui met l’accent sur la communication préalable des documents («*pre-trial discovery*»), dans le cadre de laquelle les parties au procès doivent en principe révéler toute information susceptible de fonder une prétention ou d’être déterminante pour la défense¹, l’accès au contenu du profil virtuel est devenu une source féconde en informations, permettant également de dénicher et d’évaluer de potentiels témoins. C’est dans le domaine des actions en responsabilité civile que les SRS se sont récemment montrés le plus redoutables.

Ainsi, dans *Romano v. Steelcase*, la demanderesse faisait valoir qu’elle ne pouvait plus prendre part à certaines activités et qu’elle avait perdu toute joie de vivre du fait de l’atteinte à son intégrité corporelle. Face au refus de lui fournir le contenu des profils Facebook et MySpace, la défenderesse déposa une requête en production, à laquelle la demanderesse s’opposa âprement. Le juge new-yorkais rappela en premier lieu la règle élémentaire selon laquelle toute pièce non couverte par le secret professionnel doit être produite dans la mesure où elle est «déterminante et nécessaire» à la défense ou à la poursuite de l’action. Cette notion est interprétée d’autant plus largement que la demanderesse fournit des informations contradictoires quant à sa condition physique, comme c’était le cas en l’espèce: la partie publique du profil Facebook révélait

¹ Federal Rules of Civil Procedure (2010), Rule 26(b)(1)



une photo de la demanderesse heureuse et souriante, prise en plein air, alors que cette dernière alléguait avoir subi une atteinte permanente à son intégrité corporelle et devoir rester chez elle, pour ainsi dire clouée au lit. Devant cette contradiction flagrante, le juge estima vraisemblable que la partie privée du profil contient de plus amples preuves quant à l'état de santé réel de la demanderesse, éléments éminemment déterminants et nécessaires à la défense.

Éléments essentiels dans la partie privée du profil

Étant donné le fonctionnement du *common law*, et vu l'absence de précédents dans l'Etat de New York, le juge s'inspira d'autres juridictions parentes, tel celle fédérale du Colorado où, dans *Ledbetter v. Wal-Mart Stores*, l'information publiée dans la partie publique du profil était également en contradiction avec les dires du demandeur. De même, la Cour supérieure de justice de l'Ontario, Canada, avait déjà retenu en 2009, dans *Leduc v. Roman*, qu'une requête en production du contenu d'un SRS n'est pas assimilable à une «*fishing expedition*», du fait qu'il est incontesté que les pages personnelles sur Facebook peuvent contenir des informations pertinentes, et ce même si le profil public ne mentionne que le nom de la personne.

Protection de la sphère privée

Face à cela, la demanderesse dans Romano entendit se réfugier derrière la protection de la sphère privée, respectivement la protection des données («*privacy*»), faisant valoir que son droit serait violé si le contenu de ses comptes Facebook et MySpace était divulgué. Or, comme la Cour d'appel du 2^e Circuit fédéral, auquel appartient New York, l'avait déjà relevé dans *US v. Lifshitz* s'agissant de communications par e-mail ou sur Internet, les utilisateurs perdent leur intérêt légitime à la protection des données communiquées dès lors que ces communications ont atteint leur destinataire. Ou, comme les tribunaux fédéraux du New Jersey ont statué dans *Beye v. Horizon Blue Cross*, en ce qui concerne les écrits partagés avec d'autres, y compris sur Facebook ou MySpace, le souci de protection des données est réduit dans la mesure où la personne concernée choisit d'elle-même de publier ses données. Et tel est bien le cas sur les sites en question, si l'on se réfère à leur politique de confidentialité². Partant, en créant ses comptes Facebook et MySpace, la demanderesse consentait au partage de ses informations privées nonobstant les paramètres de confidentialité permettant la séparation entre la partie publique et privée de ses profils.

Cette issue paraît juste et équitable, en particulier si l'on reprend les termes du tribunal canadien dans l'affaire *Leduc*:

² Facebook, Politique de confidentialité, section 8: «Risques inhérents au partage d'informations. Bien que nous vous permettions de définir des options de confidentialité visant à limiter l'accès à vos données, il n'existe aucun système de sécurité parfait ou infaillible. (...) Nous ne pouvons donc en aucun cas garantir que vos informations seront vues uniquement par des personnes autorisées. Nous ne pouvons pas vous assurer non plus que les informations que vous partagez sur Facebook ne deviendront pas publiques.» [Etat au 05.10.2010]

«Permettre à une partie, demandant de très substantielles indemnités pour cause de perte de la joie de vivre, de se réfugier derrière des paramètres de confidentialité définis par elle-même sur un site Internet dont le but principal est de faciliter l'échange d'informations entre utilisateurs au sujet de leur vie sociale, risque de priver la partie adverse d'accès à du matériel qui peut s'avérer déterminant en vue d'assurer un procès équitable.» (traduction libre)

Etant donné que les besoins d'accès à ces informations pertinentes, en particulier dans l'optique d'un procès équitable, prévalent sur l'intérêt à la protection de la sphère privée de la demanderesse, le tribunal donna gain de cause à la défenderesse dans *Romano* et ordonna l'accès aux comptes Facebook et MySpace, dans leur version actuelle et historique, y compris les pages effacées.

La déontologie en question

Bien d'autres questions méritent d'être débattues en relation avec les sites de réseautage social, tels que l'authenticité des photos numériques (*People v. Beckley*), qui peuvent aisément être falsifiées, la fiabilité de la géolocalisation des photos prises par les téléphones intelligents, l'utilisation des SRS par le Ministère public pour constituer le dossier ou évaluer la sincérité du repentir, et enfin des questions d'ordre déontologique.

S'agissant de ce dernier aspect, comment faut-il, par exemple, appréhender le fait que la secrétaire d'un avocat crée un faux profil pour devenir «amie» de la partie adverse et ainsi obtenir des informations et déclarations autrement hors de portée? Certes, la théorie du fruit empoisonné ne s'applique qu'aux cas pénaux. Mais les règles de déontologie interdisent aux avocats d'obtenir des informations provenant d'un SRS de manière astucieuse. C'est ce que vient de décider le comité de déontologie du Barreau de la Ville de New York³. En revanche, il est loisible aux avocats, dans les limites des autres règles de déontologie, de devenir «ami» d'une partie non-représentée, en utilisant leurs noms et profils réels et sans tromperie, ou d'accéder aux pages publiques des profils de personnes même représentées, témoins compris.

Sans aucun doute, ces débats américains ne tarderont pas à concerner notre propre ordre juridique, vu l'engouement que connaissent aujourd'hui les sites de réseautage social. Si la *pre-trial discovery* ne s'imposera pas chez nous, du moins de manière formalisée – la preuve à futur de l'art. 158 CPC ne servant pas à découvrir les faits pertinents mais à en apporter la preuve –, il est clair que les informations dénichées sur Internet se révéleront de plus en plus utiles. Dans cette recherche, il conviendra toutefois de respecter en tout temps les principes élémentaires de déontologie. Enfin, comme aux Etats-Unis, mais dans le cadre de l'appréciation des preuves, en vertu de l'art. 164 CPC, le tribunal tiendra compte du refus de collaborer d'une partie dans la mesure où ce refus est injustifié. Ainsi, il pourra inférer d'un refus de produire des documents, tels que des profils Facebook, que le fait allégué par l'autre partie est

³ The Association of the Bar of the City of New York, Committee on Professional Ethics, Formal Opinion 2010-2, «Obtaining Evidence from Social Networking Websites», Septembre 2010.



prouvé. Chez nous non plus, il n'y a pas de raison à ce que des parties se retranchent derrière leur prétendue sphère privée au risque de mettre en péril la notion de procès équitable.

Nachrichten aus Übersee

Facebook als Beweismittel – eine furchterregende Kriegswaffe

Nachdem die sozialen Netzwerke wie Facebook und MySpace die private und geschäftliche Welt erobert haben, gehört die Verwendung von Online-Profilen als Beweismittel nun zu den heissesten Diskussionen in den nordamerikanischen Gerichtssälen.

In einem System, in welchem die Parteien vor dem eigentlichen Prozess alle Informationen offenlegen müssen, die für die Begründung eines Anspruchs oder für die Verteidigung relevant sein können, dem sog. «*pre-trial discovery*», ist der Zugang zum Online-Profil der Gegenpartei eine reiche Informationsquelle geworden, die es auch ermöglicht, Zeugen zu finden und zu evaluieren. Die sozialen Netzwerke stellen sich insbesondere bei Haftpflichtfällen als besonders ergiebig heraus.

Die Lösung für alle **Advokatur- und Notariatsbüros:**

alan

(Aministrations-Lösung für Advokatur und Notariat)

Dieses flexible und benutzerfreundliche Computer-Programm

- beinhaltet:
 - Finanzbuchhaltung
 - Leistungserfassung
 - Rechnungsstellung (mit ESR-Einzahlungsscheinen)
 - elektronische Klientendossiers (mandatsbezogen)
- vereinfacht Ihre Administration
- berücksichtigt MWST-pflichtige Kostenvorschüsse
- rechnet MWST effektiv oder nach Branchensaldosatz
- ist voll revisionstauglich und automatisiert MWST-Abrechnung, Jahresabschluss und Deckungsnachweis
- ist ein „de facto“-Standard in Advokatur- und Notariatskanzleien

Verlangen Sie die Referenz- und Preisliste oder lassen Sie sich anhand einer Vorführung überzeugen!

Herstellung, Vertrieb und Support:

ALAN Software AG, Egghölzlistrasse 1a, 3006 Bern, 079 / 757 31 09, www.alan.ch

Die Editionsspflicht wird umso strenger ausgelegt, als die Gegenpartei widersprüchliche Informationen abgibt. So musste eine Facebook-Benutzerin, die eine Schadenersatzklage wegen Körperverletzung und Beeinträchtigung der Lebensfreude erhoben hatte, ihr ganzes Profil (d.h. auch dessen privaten Bereich) offenlegen, da sie auf ihrer Hauptfoto munter und glücklich aussah.

Editionsbegehren über den privaten Bereich eines sozialen Netzwerks werden nicht als «*fishing expedition*» angeschaut, da es offensichtlich ist, dass dieser Bereich relevante Informationen enthalten kann, selbst wenn die Hauptseite lediglich den Namen der Partei aufweist. Auch der Schutz der Privatsphäre kann nicht geltend gemacht werden, da die Anwender solcher sozialen Dienste ihre Daten von selber aus veröffentlichen. Da hilft auch die Einteilung in öffentlichen und geschützten Bereich nicht weiter, worauf die verschiedenen Dienste in ihren AGBs ausdrücklich hinweisen. Es wäre in der Tat unfair, wenn eine Partei eine Schadenersatzklage über etliche Millionen Dollar erheben könnte, sich dann aber hinter ihren selbsteingerichteten Privatsphäreinstellungen verbergen dürfte, notabene bei Internetseiten, die in erster Linie bezwecken, den Austausch von Informationen über das soziale Leben deren Beteiligten zu erleichtern. Im Hinblick auf einen fairen Prozess ist der Zugang zu den aktuellsten wie archivierten Online-Profilen dem Schutz der Privatsphäre überlegen.

Im Zusammenhang mit den sozialen Netzwerken stellen sich natürlich noch viele andere Fragen, wie die Echtheit von Fotos, die Zuverlässigkeit der Geolokalisation von Smartphone-Fotos, die Verwertung der sozialen Netzwerke durch die Staatsanwaltschaft sowie standesrechtliche Fragen.

Angesichts des riesigen Erfolgs von Facebook und Co. in unserem Lande, werden diese Fragen uns bald direkt betreffen, zwar nicht unter dem Aspekt der pre-trial discovery, die auch unter der vorsorglichen Beweisführung nicht als solche zugelassen ist, aber wohl unter jenem der unberechtigten Verweigerung der Mitwirkungspflicht (Art. 164 ZPO). In einem solchen Fall kann das Gericht nämlich annehmen, dass die nicht vorgelegten Online-Profile den von der Gegenpartei behaupteten Inhalt haben.

Nutzen Sie den Heimvorteil.

Willkommen in Ihrer Bank in Bern.

www.valiant.ch

Valiant Bank AG
Bundesplatz 4
3001 Bern
Telefon 031 320 91 11

VALIANT