



QUID?

Fribourg Law Review

ARTICLES

Separation of Powers with "Chinese Characteristics"? The Chinese Understanding of the Principle and its Reception in Private International Law Cases in Switzerland and the USA

Robin Beglinger

Troisième tentative de réglementation visant à préserver les transferts transatlantiques de données : aperçu d'une analyse

Coline Dénériaz

Die Drittschadensliquidation - braucht es sie?

Alexander Perrig

Art. 91 al. 2 LCR, infraction unique ou concours ?

Alexandre Schaufelberger

Die Unterhaltspflicht entspringend einer ungewollten Schwangerschaft: Ein Kommentar zu BGE 132 III 359

Eliane Aeschlimann

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Grégoire Mangeat

Associé chez MANGEAT



Editors	Luis A. Maiorini, Emmanuel Chouchena, Aurelien Clivaz, Yannis Filliettaz, Arnaud Lambelet, Andre Lopes Vilar de Ouro, Nadia Masson, Ange Moka Fodjo, Irina Müller, Lara Rufo, Nicole Schmid
Faculty Advisors	Prof. Isabelle Chabloz Prof. Basile Cardinaux
Honorary Members	Prof. Benoît Chappuis Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Matthias Lanzoni, Louis Muskens
Sponsors	AGEF Fondation pour le droit suisse de la circulation routière Helmuth M. Merlin Stiftung Institut pour le droit suisse et international de la construction Law Faculty of the University of Fribourg Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung
Contact	Quid? Fribourg Law Review Case postale 51, Miséricorde, Avenue de l'Europe 20, 1700 Fribourg https://student.unifr.ch/quid
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Ange Moka Fodjo Irina Müller

EDITORIAL	4
ARTICLES	
<hr/>	
Separation of Powers with "Chinese Characteristics"? The Chinese Understanding of the Principle and its Reception in Private International Law Cases in Switzerland and the USA <i>Robin Beglinger</i>	6
Troisième tentative de réglementation visant à préserver les transferts transatlantiques de données : aperçu d'une analyse <i>Coline Dénériaz</i>	10
Die Drittschadensliquidation - braucht es sie? <i>Alexander Perrig</i>	14
Art. 91 al. 2 LCR, infraction unique ou concours ? <i>Alexandre Schaufelberger</i>	18
Die Unterhaltspflicht entspringend einer ungewollten Schwangerschaft: Kommentar zu BGE 132 III 359 <i>Eliane Aeschlimann</i>	23
PHD CANDIDATE	28
<hr/>	
Nutzen und Grenzen historischer Evidenz <i>Barnaby Leitz</i>	
CAREER SPOTLIGHT	32
<hr/>	
Interview mit Grégoire Mangeat <i>Associé chez Mangeat Attorneys at Law</i>	
LEADING CASES	38
<hr/>	

Chères lectrices, chers lecteurs,

Nous sommes ravi-e-s de vous présenter la 20^e édition de la QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW. Depuis 2014, les étudiant-e-s de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg se mobilisent afin de proposer au Comité de rédaction un large choix de contributions de qualité et de partager avec les professionnel-le-s ou futur-e-s professionnel-le-s du droit leur réflexions sur un sujet d'actualité. En plus de ces contributions, vous trouverez dans le présent numéro les désormais classiques rubriques que sont le *Career Spotlight* et les *Leading cases*. Nous saisissons l'occasion que nous offrent ces quelques lignes pour vous remercier de votre fidélité.

La première contribution est présentée par ROBIN BEGLINGER qui y traite de l'évolution de la réception du principe de la séparation des pouvoirs en Chine au regard du droit international privé en Suisse et aux Etats-Unis. COLINE DÉNÉRIAZ analyse ensuite la troisième tentative de la Commission européenne de réglementation de transfert des données de l'UE vers les États-Unis en adoptant une nouvelle décision d'adéquation : le *Data Protection Framework* (DPF). La contribution suivante est soumise par ALEXANDER PERRIG qui aborde ensuite la question du *Drittschadensliquidation*. L'auteur s'interroge sur l'existence, en droit suisse, d'un moyen à disposition du tiers d'obtenir la réparation du préjudice consécutif à une violation contractuelle. ALEXANDRE SCHAUFELBERGER propose, par le prisme d'une analyse de l'ATF 147 IV 225, une interprétation des art. 91 al. 2 lit. a et lit. b LCR afin de déterminer s'il existe, entre ces deux dispositions, un concours au sens de l'art. 49 CP. ELIANE AESCHLIMANN traite ensuite des charges financières liées à un enfant non-désiré. et s'interroge sur la qualification de dommage des obligations dans ce contexte par une analyse de l'ATF 132 III 359.

Dans la rubrique *PhD Candidate*, BARNABY LEITZ nous présente sa thèse de doctorat au sein de la Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Kirchenrecht et sous la direction du Prof. René Pahud de Mortanges. Son travail porte sur l'usage et les limites des preuves historiques.

Afin de proposer un aperçu privilégié sur des carrières passionnantes, la rubrique *Career Spotlight* présente dans chaque numéro le parcours d'un *alumnus* ou d'une *alumna* de notre Faculté à travers une interview. Pour la présente édition, les membres du Comité éditorial de QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW ont eu la chance de rencontrer et d'échanger quelques propos avec M^e Grégoire Mangeat, avocat à Genève et ancien Bâtonnier, au sujet de ses études à l'Université de Fribourg, de la formation ainsi que de la pratique du métier d'avocat. Qu'il soit ici chaleureusement remercié pour avoir accepté de partager son expérience avec nous.

Enfin, vous trouverez dans cette nouvelle édition les *Leading Cases*. Par l'intermédiaire de cette rubrique, nous vous proposons une sélection de quelques décisions récentes intéressantes et captivantes. Nous tenons à remercier sincèrement l'ensemble des collaborateurs et collaboratrices de LawInside pour leur remarquable et constante collaboration.

La revue QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW ne pourrait pas exister sans le soutien de nombreuses personnes et associations. Pour leur soutien indéfectible et leur disponibilité lors de l'élaboration de cette édition, nous remercions nos Faculty Advisors : la Professeure Isabelle Chabloz et le Professeur Basile Cardinaux. Nos remerciements vont également à l'AGEF, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le droit suisse de la circulation routière, la Fondation Helmuth M. Merlin ainsi qu'à la Fondation Peter Jäggi-Gedächtnisstiftung qui, par leur confiance et leurs contributions, rendent la publication de cette revue possible.

Nous vous souhaitons une excellente lecture et attendons avec impatience vos impressions et réactions sur la 20^e édition de QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le Comité éditorial

Werte Leserinnen, werte Leser,

Wir freuen uns sehr, Ihnen die 20. Ausgabe der QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW vorzustellen. Seit 2014 mobilisieren sich die Studierenden der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg, um dem Redaktionskomitee eine breite Auswahl an qualitativ hochwertigen Beiträgen vorzuschlagen und ihre Gedanken zu einem aktuellen Thema mit den (zukünftigen) Fachleuten der Rechtswissenschaft zu teilen. Neben diesen Beiträgen finden Sie in der vorliegenden Ausgabe auch die mittlerweile klassischen Rubriken *Career Spotlight* und *Leading Cases*. Wir möchten Ihnen an dieser Stelle für Ihre Treue danken.

Der erste Beitrag wird von ROBIN BEGLINGER vorgestellt, der darin die Entwicklung der Rezeption des Prinzips der Gewaltenteilung in China im Hinblick auf das internationale Privatrecht in der Schweiz und den USA behandelt. COLINE DÉNÉRIAZ analysiert anschliessend den dritten Versuch der Europäischen Kommission, den Datentransfer von der EU in die USA zu regulieren, indem sie einen neuen Angemessenheitsbeschluss erlässt: den *Data Protection Framework* (DPF). ALEXANDER PERRIG geht danach auf die Frage der Drittschadensliquidation ein und analysiert, ob es im Schweizer Recht ein Mittel gibt, um für Dritte eine Entschädigung für den Schaden infolge einer Vertragsverletzung zu ermöglichen. ALEXANDRE SCHAUFELBERGER schlägt anhand einer Analyse von BGE 147 IV 225 eine Auslegung von Art. 91 Abs. 2 lit. a und lit. b SVG vor, um zu bestimmen, ob zwischen diesen beiden Bestimmungen eine Konkurrenz im Sinne von Art. 49 StGB besteht. Schliesslich befasst sich ELIANE AESCHLIMANN mit den finanziellen Belastungen, die mit einem unerwünschten Kind verbunden sind und hinterfragt anhand einer Analyse von BGE 132 III 359, ob in diesem Zusammenhang die Qualifizierung als Verpflichtungsschaden in Frage kommt.

In der Rubrik *PhD Candidate* stellt uns BARNABY LEITZ seine Doktorarbeit am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Kirchenrecht unter der Leitung von Prof. René Pahud de Mortanges vor. Seine Arbeit befasst sich mit der Verwendung und den Grenzen von historischen Beweisen.

Um einen ausgiebigen Einblick in spannende Karrieren zu bieten, stellt die Rubrik *Career Spotlight* in jeder Ausgabe den Werdegang eines *Alumnus* oder einer *Alumna* unserer Fakultät anhand eines Interviews vor. Für die vorliegende Ausgabe haben die Mitglieder des Redaktionskomitees von QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW das Glück, GRÉGOIRE MANGEAT, Rechtsanwalt in Genf und ehemaliger *Bâtonnier*, zu treffen und mit ihm über sein Studium an der Universität Freiburg, die Ausbildung und die Praxis des Anwaltsberufs zu sprechen. An dieser Stelle sei ihm herzlich dafür gedankt, dass er sich die Zeit genommen hat, seine Erfahrungen mit uns zu teilen.

Schliesslich finden Sie in dieser neuen Ausgabe auch die *Leading Cases*. Mit Hilfe dieser Rubrik bieten wir Ihnen eine Auswahl einiger interessanter und spannender Entscheidungen aus der jüngsten Vergangenheit. Wir möchten uns bei allen LawInside-Mitarbeiterinnen und -Mitarbeitern herzlich für die hervorragende und kontinuierliche Zusammenarbeit bedanken.

Die Zeitschrift QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW könnte ohne die Unterstützung zahlreicher Personen und Vereinigungen nicht existieren. Für ihre unerschütterliche Unterstützung und ihre Bereitschaft bei der Erstellung dieser Ausgabe danken wir unseren Faculty Advisors: Prof. Isabelle Chabloy und Prof. Basile Cardinaux. Unser Dank gilt auch der AGEF, dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, der Stiftung für Schweizerisches Strassenverkehrsrecht, der Helmuth M. Merlin-Stiftung sowie der Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung, die durch ihr Vertrauen und ihre Beiträge die Herausgabe dieser Zeitschrift erst ermöglichen.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zur 20. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

Separation of Powers with “Chinese Characteristics”? The Chinese Understanding of the Principle and its Reception in Private International Law Cases in Switzerland and the USA

Robin Beglinger (MLaw, University of Fribourg)

This article demonstrates how the reception of the principle of separation of powers has evolved in China. While the country has in some periods of its history subscribed to the principle, today's legal system under Communist rule seems to reject it. The findings are then used to analyze whether the Chinese understanding of separation of powers has been an issue in private international law cases in Switzerland and the USA. Recent developments may point to a change of paradigm in this regard.

Introduction¹

China is far away. Not only geographically but also culturally. The law being a mirror of the society it governs, this distance translates into a legal order that is quite different from so-called Western ones. China is also close. In an age of globalization, the economic and societal interlinkages between citizens and entities from different regions lead to a shrinking of the seemingly big geographical and cultural distances between countries.

One area in which the tension between distance and proximity of legal orders becomes apparent is private international law, where judges are confronted with requests to recognize foreign decisions and judgments on a daily basis. Due to practical considerations, legal orders generally have a pragmatic approach towards recognition and tend to trust foreign legal systems. However, if the distance between their own and the foreign legal system is considered too great, and the foreign system interprets fundamental constitutional principles differently, conflicts arise. Separation of powers is such a fundamental principle. It is a feature of all constitutional democracies in the world.² The

independence of the branches of government – especially the judiciary – forms the very base of the legitimacy of these bodies. In China, the situation is somewhat different. While the country has subscribed to this principle in certain periods of its history, today's legal system under Communist rule seems to reject the separation of powers – at least the Western interpretation of this principle.

The present paper first traces back the reception of the concept of separation of powers and its evolution in Mainland China through an analysis of Chinese constitutional law. The second part examines whether the Chinese understanding of the concept has created problems when Swiss or US courts were confronted with judgments handed down by Chinese courts. For both the Swiss and the US legal system, the separation of powers is a core condition when it comes to recognizing foreign decisions under private international law. The wider political and societal context in which this condition is discussed and evaluated when it comes to China is however quite different, which makes for an interesting comparison.

I. Separation of Powers in China

A. Imperial China

With regards to separation of powers, the starting point in China is not very different from that in the West, where most political systems were dominated by absolutism prior to the American and French Revolutions. In late Imperial China, state power was concentrated in the person of the Emperor, who delegated state tasks to local government officials in a hierarchical system of bureaucracy.³ The idea of an independent judiciary did not exist.⁴ The functions of rule promulgation, rule enforcement, and dispute resolution were carried out by the same government

¹ The present contribution is a shortened version of a paper the author wrote as part of a class on Chinese law at the Center for Transnational Legal Studies in London.

² A. KAVANAGH, *The Constitutional Separation of Powers*, in: D. Dyzenhaus/M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford 2016, p. 221 ff.

³ W. C. JONES, *The Great Qing Code*, Oxford 1994, p. 5 f.

⁴ C. I. PANG, *History of Judicial Reforms in China*, *China Law Review* 1922, p. 156 ff.

official.⁵ It was well known that such extensive powers in the hands of a single individual carried the risk of abuse. The traditional solution to this problem in Imperial China was however not a separation of powers between several individuals or bodies but the implementation of a strict selection process in the form of the Imperial Civil Service Examination.⁶ Nevertheless, the deficiencies of this system of concentration of power became increasingly apparent in the late Qing dynasty. As part of the so-called self-strengthening movement, Chinese rulers decided to end the “century of humiliation” set off by the Opium Wars by embracing and adopting Western ideas – including the separation of powers.

B. Early Communist Rule

Formally, the first Communist Constitution of China, enacted in 1954, established a classic tripartite separation of powers between the National People's Congress (legislative), the State Council (executive), and the Supreme People's Court (judiciary). Regarding the latter, article 78 of the 1954 Constitution states that in administering justice the people's courts are independent, subject only to the law.⁷ This did however not change the fact that, in practice, it was the party – even though not mentioned in the constitution – which held the real power in Communist China.⁸

The dominant position of the party was formally recognized in China's second Constitution of 1975. Article 2 states that the Communist Party of China is the core of leadership of the whole Chinese people, and that the working class exercises leadership over the state through its vanguard, the Communist Party of China.⁹ Regarding the judiciary branch, no mention is made of judicial independence. Instead, article 25 para. 1 holds that the people's courts are responsible and accountable to the people's congresses and their permanent organs at the corresponding levels, and that the presidents of the people's courts are appointed

and subject to removal by the permanent organs of the people's congresses at the corresponding levels.

C. China's Cautious Turn Towards the Rule of Law

The 1982 Constitution and the events surrounding it marked a major break in the political ideology of the state. After Mao Zedong's death, Deng Xiaoping came to power and implemented a policy of reform and opening. This included the development of legal theory and elements of the rule of law.¹⁰ In the 1982 Constitution,¹¹ the Communist Party is once again not mentioned. Regarding judiciary independence, the turn towards the rule of law is reflected in article 126, which states that the people's courts shall, in accordance with the law, exercise judicial power independently and are not subject to interference from administrative bodies, public organizations or private individuals. This time, the constitutional mandate was respected to some extent in practice. However, in the same way that the market economy introduced by Deng Xiaoping's reforms retained “Chinese characteristics”, the separation of powers was to be a “separation of powers with Chinese characteristics”. In fact, article 128 of the 1982 Constitution still holds that the Supreme People's Court is responsible to the National People's Congress and its Standing Committee, and that local people's courts at different levels are responsible to the organs of state power which created them. The judiciary therefore enjoys adjudicative independence, i.e., protection from interference when deciding cases, but it is not an equal branch of government that enjoys the same powers as and acts as a check on the legislative.¹² Judges are subject to constant control, supervision, and accountability regarding their alignment with party policy when deciding cases.¹³

D. China's Turn Against the Rule of Law

Up until the end of the 20th century the principles

⁵ W. HE, *In the Name of Justice: Striving for the Rule of Law in China*, Washington D.C. 2012, p. 12.

⁶ HE (fn 4), p. 13.

⁷ I am citing the translation by the Foreign Language Press, published in Peking in 1954.

⁸ Y. N. CHANG, *The Chinese Communist State System Under the Constitution of 1954*, *The Journal of Law and Politics* 1956, p. 520 ff.

⁹ I am again citing the translation by the Foreign Language Press, published in Peking in 1975.

¹⁰ A. H. Y. CHEN, *China's Long March towards Rule of Law or China's Turn against Law?*, *The Chinese Journal of Comparative Law* 2016, p. 1 ff.

¹¹ Translation available at <https://china.usc.edu/constitution-peoples-republic-china-1982> (accessed 8.10.2023).

¹² M. B. CHEN/Z. LI, *Courts Without Separation of Powers: The Case of Judicial Suggestions in China*, *Harvard International Law Journal* 2023, p. 203 ff.

¹³ CHEN/LI (fn 11), p. 217.

of rule of law, separation of powers and judicial independence were gradually strengthened in China. However, around the turn of the millennium, a reversal can be observed.¹⁴ In 2015, the Supreme People's Court explicitly rejected the notions of judicial independence and separation of powers according to Western political and legal theory.¹⁵ With a constitutional amendment in 2018, the party was once again introduced into Chinese constitutional law.¹⁶ Furthermore, another potentially substantial change occurred, the consequences of which are not yet entirely clear. By creating a National Commission of Supervision as “the highest supervisory organ” (article 125) of the state, the amendment seems to have created a fourth distinct branch of government with wide-ranging powers. The Commission can investigate and sanction public officials – including judges.¹⁷

II. Chinese Separation of Powers in Foreign Private International Law Cases

A. Recognition and Cases under Swiss law

Switzerland's Federal Act on Private International Law states in its article 27 para. 2 lit. b that recognition of a decision shall be denied if a party establishes that the decision was delivered in violation of fundamental principles of Swiss procedural law, including the fact that the party concerned was denied the right to be heard. In a 2007 judgment, the Swiss Federal Supreme Court ruled that one of the fundamental principles protected by this provision is the right to an independent and impartial tribunal (as guaranteed by article 30 para. 1 of the Swiss Constitution as well as article 6 para. 1 of the European Convention on Human Rights). According to the Supreme Court, violations of the principle can stem from the personal behavior of members of the judiciary as well as from functional and organizational circumstances.¹⁸

¹⁴ See C. F. MINZNER, *China's Turn Against Law*, *The American Journal of Comparative Law* 2011, p. 935 ff.

¹⁵ <https://www.reuters.com/article/china-law-idINKBN-0LU07M20150226> (accessed 8.10.2023).

¹⁶ A translation of the 2018 amendment is available at <https://china.usc.edu/2018-amendment-constitution-peoples-republic-china> (last accessed 8.10.2023).

¹⁷ Articles 11 and 15 para. 1 of the Supervision Law of the People's Republic of China (available at <https://www.legal-tools.org/doc/ef4c4d/pdf/>, accessed 8.10.2023).

¹⁸ Judgment of 20.7.2017, 4A_137/2007, C. 6.1.

In the past 23 years,¹⁹ the Swiss Federal Supreme Court has never had to rule on the recognition of a judgment handed down in China. The same seems to be true of the higher cantonal courts, although the picture is less complete in this case.²⁰ Judgments by lower cantonal courts are generally not published. The absence of published judgments leads to two observations. First, it is proof of the widespread use of arbitration clauses in commercial contracts involving Swiss and Chinese entities – a practice which may be interpreted as a lack of trust in the independence of Chinese courts by private actors. Second, in non-commercial matters like family law, the absence of published judgments might point to the fact that these proceedings never make it to higher courts because they are not disputed. This would in turn lead to the conclusion that Chinese judgments and decisions are generally recognized by Swiss courts in these matters.

B. Recognition and Cases under US law

In the United States, there is no federal legislation on the recognition of foreign decisions or judgments. The recognition is regulated by a mix of federal common law and state law.²¹ In *Hilton v. Guyot*, the US Supreme Court held that foreign judgments should be recognized if “there has been opportunity for a full and fair trial abroad before a court of competent jurisdiction, conducting the trial upon regular proceedings, after due citation or voluntary appearance of the defendant, and *under a system of jurisprudence likely to secure an impartial administration of justice* between the citizens of its own country and those of other countries [...]”.²² On state level, many states have adopted the Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (UFCMJRA).²³ The UFCMJRA establishes recognition of foreign judgments as the principle and non-recognition as the exception. The grounds on which recognition must be

¹⁹ The Swiss Federal Supreme Court started publishing all its judgments electronically in the year 2000.

²⁰ Not all cantonal courts publish all their judgments online.

²¹ M. E. SOLIMINE, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in American Courts and the Limits of the Law Market Model*, *Theoretical Inquiries in Law* 2022, p. 97 ff.

²² 159 U.S. 113 (1895), 202, emphasis added.

²³ The UFCMJRA, including an official commentary, is available at https://higherlogicdownload.s3-external-1.amazonaws.com/UNIFORMLAWS/589ebbeb-7abd-5600-cf34-cd-354189c6d2_file.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAVRDO7IERE-B57R7MT&Expires=1696779865&Signature=awe3U%2BaG-j4guUoTaiV4UIHFvJhE%3D (accessed 8.10.2023).

refused include the judgment being rendered under a judicial system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law (section 4 lit. b N° 1).

Contrary to Switzerland, the issue of lacking judicial independence in China has been raised in recognition cases in front of US courts. Chinese judgments are generally recognized by US courts if the parties fulfill the formal requirements for recognition.²⁴ However, in 2021 the Supreme Court of New York (New York's court of first instance) refused to recognize and enforce a Chinese court judgment. According to the Court, the judgment in question was “rendered under a system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of process of law in the United States.”²⁵ The case was received critically by legal scholars,²⁶ and it was later overturned on appeal by New York's Appellate Division, which refuted the first instance's general claim that Chinese courts were not impartial.²⁷

It is currently unclear if the New York Supreme Court's decision marks the beginning of a reversal in US Courts' policy of recognition or if it is simply an outlier. In a 2023 comprehensive study of the topic, Donald Clarke came to a similar conclusion and observed a general inability of US courts to inquire into the Chinese legal system and to assess it according to the recognition doctrine under federal and state law.²⁸ This led the author to call for a reform of the doctrine of recognition of foreign judgments by US courts.²⁹ In May 2023, Clarke reiterated his conclusions in front of the U.S.-China Economic and Security Review Commission, a body created by the US Congress, in a hearing on “Rule by Law: China's Increasingly Global

Legal Reach”³⁰

Concluding Remarks

The present paper has shown that China currently rejects the Western understanding of separation of powers and judicial independence. What this means for private law cases in Western countries is only beginning to emerge. The example of the United States has shown that the general practice of recognition of Chinese judgments may be about to change. In Switzerland, the issue has not been raised by courts or legal scholars, but I suspect that will change sooner rather than later. In an increasingly polarized world, when deciding whether to recognize judgments handed down by Chinese courts, Swiss and especially American courts will have to be careful not to be guilty of exactly what they could accuse Chinese courts of: lack of independence and political instrumentation.

²⁴ W. S. DODGE/W. ZHANG, Reciprocity in China-US Judgments Recognition, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2020, p. 1541 ff.

²⁵ *Shanghai Yongrun Inv. Mgt. Co., Ltd v Kashi Galaxy Venture Capital Co., Ltd*, 2021 NY Slip Op 31459(U).

²⁶ See the blog post by W. S. DODGE/W. ZHANG at <https://conflictoflaws.net/2021/new-york-court-denies-enforcement-of-chinese-judgment-on-systemic-due-process-grounds/> (accessed 8.10.2023).

²⁷ *Shanghai Yongrun Inv. Mgt. Co., Ltd v. Maodong Xu*, 2022 NY Slip Op 01523 [203 AD3d 495].

²⁸ D. CLARKE, Judging China: The Chinese Legal System in U.S. Courts, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2023, p. 455 ff.

²⁹ CLARKE (fn 27), p. 585.

³⁰ See https://www.uscc.gov/sites/default/files/2023-05/Donald_Clarke_Testimony.pdf (accessed 8.10.2023).

Troisième tentative de réglementation visant à préserver les transferts transatlantiques de données : aperçu d'une analyse

Coline Dénériaz (MLaw student, Université de Fribourg)

Die EU-Kommission verabschiedet das Data Protection Framework (DPF) für die Übermittlung personenbezogener Daten von EU-Bürgern in die USA. Die Regelung soll nach der Ungültigerklärung von Safe Harbor und Privacy Shield die Datenübermittlung sicherer gestalten. Allerdings bleiben Bedenken hinsichtlich der US-Überwachung und Datenschutzstandards. Die Umsetzung und die praktische Anwendung des DPF werden in Frage gestellt, insbesondere werden die Aspekte des Legalitätsprinzips und der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Maßnahmen der USA zum Schutz ihrer nationalen Sicherheit angezweifelt.

Introduction

Le 10 juillet 2023, la Commission européenne cristallise sa troisième tentative de réglementation de transfert des données de l'UE vers les États-Unis en adoptant une nouvelle décision d'adéquation : le *Data Protection Framework* (DPF). Cette adoption fait suite à l'invalidation par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) des deux décisions précédentes : le *Safe Harbor*¹ (en vigueur de 2000 à 2015) et le *Privacy Shield*² (en vigueur de 2016 à 2020)³.

La décision d'adéquation est l'un des dispositifs prévus par le Chapitre V du Règlement général sur la protection des données (RGPD) permettant le transfert de données personnelles de citoyens européens vers des États tiers⁴. À ce jour, seuls quinze États disposent d'une telle décision⁵. Les États-Unis

sont à nouveau au bénéfice de cette reconnaissance d'adéquation, aussi longtemps que la CJUE n'invalide pas l'acte de la Commission. Toutefois, le risque d'invalidation est important, particulièrement à l'égard de l'utilisation des données à caractère personnel de citoyens européens par les autorités de surveillance américaines.

I. Traitement des données par l'Agence nationale de sécurité

A. Contextualisation

L'ampleur de l'évolution de la protection de données ne serait telle que sans les révélations de Edward Snowden⁶. En 2013, cet ancien employé de l'Agence nationale de sécurité (NSA) a mis en lumière la magnitude de l'écoute de masse sur Internet et des programmes de surveillance conduits par les États-Unis⁷. Dix ans plus tard, le DPF tente de mettre à niveau la protection des données relativement à son usage par la NSA à des fins de sécurité nationale⁸.

B. Éclairage sur la législation américaine

Afin de saisir la portée du traitement des données personnelles par la NSA, il convient d'examiner les divers instruments juridiques qui le régulent. Le *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA), dans sa Section 702, prescrit les activités de surveillance sur le territoire américain. Le décret présidentiel (EO) 14086 prévoit l'exécution de ces activités. À noter que le FISA est une loi issue du pouvoir législatif alors que le décret est une directive interne de l'exécutif et n'est pas opposable⁹.

¹ CJUE, arrêt du 6.10.2015, *Schrems I*, C-362/14.

² CJUE, arrêt du 16.07.2020, *Schrems II*, C-311/18.

³ S. SHACKELFORD, Seeking a Safe Harbor in a Widening Sea, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 2/2021, p. 320 s.

⁴ C. KUNER, art. 45 RGPD, in : Kuner et al. (édit.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, 2020 Oxford (ci-après « KUNER, art. »).

⁵ Commission européenne, Décisions d'adéquation, in : [https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-](https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en)

[decisions_en](https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en) (consulté le 7.10.23).

⁶ C. DE TERWANGNE/C. GAYREL, Le RGPD et les transferts internationaux de données à caractère personnel, in : C. de Terwangne/K. Rosier (édit.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles 2018, p. 303.

⁷ M. BURRI, Cross-border data flows and privacy in global trade law, *OREP* 1/2023, p. 91.

⁸ KUNER (n. 4), art. 45 RGPD N 2.

⁹ H. RUSCHMEIER, Nothing new in the west? The executive order on US surveillance activities and the GDPR, 14.11.22, in:

L'EO 14086 a été adopté en octobre 2022 dans le cadre de la négociation du DPF. Son objectif est de rendre conforme la législation interne aux exigences européennes. Pour ce faire, le cadre des activités de surveillance est solidifié par l'intégration de nouvelles garanties, telles que la collection de donnée proportionnée¹⁰.

Concernant la mise en œuvre, le système repose sur la soumission annuelle, par le Procureur général et le Directeur du renseignement national, de certifications autorisant les programmes de surveillance prévus dans la Section 702, par la *Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC)¹¹. Une fois les certifications approuvées, les agences peuvent légalement collecter les données¹².

II. Adéquation du niveau de protection

A. Les aspects litigieux

L'adéquation du niveau américain de protection des données avec le fonctionnement du droit européen susmentionné est hésitante (art. 45 RGPD). Par conséquent, il convient d'examiner les critères de la qualité de la base légale et de la proportionnalité à la lumière de la grille d'analyse élaborée par le Comité européen de la protection des données. Toutefois, il sied de mentionner les deux autres critères qui ne seront pas examinés : la *compliance* par des autorités indépendantes et le droit au recours effectif¹³.

B. La précision des bases légales

En collectant les données de citoyens européens, les agences américaines peuvent porter atteinte à leurs

droits fondamentaux (art. 7, 8 et 47 Charte des droits fondamentaux de l'UE)¹⁴. De ce fait, ces atteintes doivent se baser sur des règles claires, précises, accessibles et prévisibles pour être légitimes¹⁵.

Cette condition n'impose pas que le fondement soit une loi formelle : il doit s'agir d'un acte contraignant en droit interne, sans nécessairement qu'il s'agisse d'un acte juridique issu du Parlement (*i.e.* Congrès)¹⁶. En outre, ce fondement doit démontrer une densité normative suffisante, déterminable à l'aide des critères suivants : définition des catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'une surveillance, limitation de la durée d'exécution et de conservation des données et précautions pour les transferts ultérieurs¹⁷. Bien que cela soit délicat dans le domaine de la surveillance, qui se veut secrète, une clarté sur la prévisibilité doit ressortir des réglementations¹⁸.

L'EO 14086 définit explicitement les objectifs qui justifient une surveillance¹⁹. À cet égard, trois problèmes sont à soulever. Premièrement, les douze objectifs listés dans le décret sont si larges et vagues qu'il est difficile d'imaginer une raison qui ne pourrait trouver sa place dans l'une des catégories²⁰. Il est douteux que cela puisse satisfaire les exigences de clarté normative. Deuxièmement, la liste démontre une différence entre les notions européenne et américaine de sécurité nationale. À titre d'exemple, les kidnappings du personnel d'État figurent sur la liste alors que la jurisprudence de la CJUE ne le qualifie pas comme une menace à la sécurité nationale²¹. Troisièmement, le cercle de ces raisons légitimes peut être élargi si le Président le juge nécessaire, sans même informer le public de ce changement²².

Une pratique d'obtention de renseignement est particulièrement controversée : la collecte de masse

<https://europeanlawblog.eu/2022/11/14/nothing-new-in-the-west-the-executive-order-on-us-surveillance-activities-and-the-gdpr/> (consulté le 10.11.23).

¹⁰ Executive Order "Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities" (EO 14086) du 7 octobre 2022, section II.

¹¹ A. SAVIN, *The New Framework for Transatlantic Data Transfers*, CBS Law 1/2023, p. 11.

¹² F. G'SELL, *What will happen to transatlantic data transfers following the sanction imposed by the Irish dpc on meta?* 10.06.23, in : <https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/en/2023/06/10/meta-fine-data-transfers/#:~:text=Consequently%2C%20Meta%20is%20given%20a,decision%20was%20foreseeable%20and%20expected> (consulté le 11.11.23).

¹³ EDPB, Recommandation 02/2020 sur les garanties essentielles européennes pour les mesures de surveillance du 10 novembre 2020 (ci-après « EEGs ») N 24.

¹⁴ EUR-LEX : 2012/C 326/02.

¹⁵ EEGs (n. 13), N 28 ss.

¹⁶ CJUE, arrêt du 6.10.2020, *Privacy International*, C-623/17, pt 68.

¹⁷ CourEDH, arrêt *Weber et Saravia c. Allemagne* du 29.6.2006, requête n° 52934/00, §95.

¹⁸ CourEDH, arrêt *Malone c. UK* du 2.8.1984, requête n° 8691/79, §65 s.

¹⁹ EO 14086 (n. 10), Section II b.

²⁰ D. KORFF, *The inadequacy of the October 2022 new US Presidential Executive Order on Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities*, Oxford 2022, p. 8.

²¹ *Idem*, p. 13.

²² EO 14086 (n. 10), Section I b(i)(B).

(*bulk collection*)²³. Tout d'abord, l'existence de cette pratique est remise en cause²⁴. Ensuite, les garanties qui l'accompagnent sont vagues. Bien que le texte de l'EO 14086 précise qu'une *target collection* est préférable à une *bulk collection*²⁵, la manière d'appréhender cette subsidiarité est floue²⁶. Certes, la *bulk collection* est limitée à la poursuite de seulement six objectifs, mais leur formulation est imprécise²⁷. Par conséquent, un nombre exorbitant de personnes pourraient être ciblées sans qu'elles aient de lien direct avec la sécurité nationale²⁸. Outre les imprécisions de formulation, une lacune dans le champ d'application matériel du décret est inquiétante : les données obtenues autrement que par la collecte par les autorités publiques ne sont pas couvertes, par exemple via l'achat de données à des *brokers* ou par leur obtention sur la base du *Cloud Act*²⁹.

C. La proportionnalité au sens large

S'il est admis que la fin poursuivie est la sécurité nationale, encore faut-il que la surveillance soit nécessaire et proportionnée, comme le prévoit désormais explicitement l'EO 14086³⁰. Or, la proportionnalité a autant de définitions que de contextes juridiques dans lesquels elle s'imbrique. Les différentes compréhensions entraînent des conséquences tangibles, comme le révèle la comparaison entre le test de proportionnalité européen et américain.

1. La proportionnalité au sens strict

La pesée des intérêts entre la protection des données et la sécurité nationale diffère de part et d'autre de l'Atlantique, à un tel point que la proportionnalité, centrale dans la doctrine européenne, n'était pas une exigence dans les deux décisions d'adéquation

précédentes³¹. La limitation de l'ingérence dans la vie privée n'étant pas prévue pour les citoyens non-américains, l'essence de ce droit fondamental était systématiquement violée³². Désormais, l'exigence de la proportionnalité est formellement inscrite. Cependant, les préoccupations persistent quant à l'interprétation américaine de cette notion³³. L'EO 14086 explicite la proportionnalité en exigeant une « *proper balance* » et une « *collection as tailored as feasible* »³⁴. En dépit de ces améliorations, il subsiste des doutes quant à la capacité de cette approche à contrer efficacement une pratique de *bulk collection*, par nature indiscriminée. À moins que les autorités américaines ne s'appuient sur la jurisprudence européenne et de droit international public, la mention de la proportionnalité dans le droit interne ne sera guère plus que du « *legal window dressing* »³⁵.

2. La nécessité

Le droit européen exige que les mesures de surveillance n'aillent pas au-delà du strict nécessaire, sans quoi elles seraient inadmissibles dans une société démocratique³⁶. Afin de préserver les moyens de protection de leur sécurité nationale, les autorités américaines se réservent la liberté d'employer les mesures les plus efficaces³⁷. Cela signifie que si la surveillance massive est adéquate pour une menace déterminée, il n'est pas requis que ce soit le seul moyen à disposition³⁸. Selon toutes les indications, cette condition ne semble pas satisfaire pleinement les critères de nécessité rigoureuse tels qu'interprétés par la jurisprudence de l'UE³⁹.

Selon la doctrine européenne, la mesure doit être à même d'atteindre l'objectif, mais pas au-delà, à l'image d'une flèche qui vise à toucher une cible⁴⁰. L'approche européenne privilégie une flèche de précision avec la puissance adaptée au but poursuivi. Outre-Atlantique, en revanche, si de nombreux arcs sont armés, cela

²³ B. JULIUSSEN et al., The third country problem under the GDPR: enhancing protection of data transfers with technology, in : IDPL 3/2023, p. 229.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ EO 14086, Section II c(ii)(A).

²⁶ L. DRECHSLER et al., Third time is the charm?, in : CiTiP Working Paper 2023, p. 16 ss.

²⁷ KORFF (n. 20), p. 12.

²⁸ RUSCHMEIER (n. 9).

²⁹ Z. CHABUS, Where the fourth Amendment fails, in : U. Pitt. L. Rev. Online 5/2023, p. 9 s.

³⁰ EO 14086 (n. 10), Section II a(ii)(B).

³¹ CJUE, arrêt du 16.7.2020, *Schrems II*, C-392/14, pts 168-185.

³² K. LENAERTS, Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU, GLJ 6/2019, p. 781.

³³ JULIUSSEN et al. (n. 23), p. 231.

³⁴ EO 14086 (n. 10), Section II.

³⁵ KORFF (n. 20), p. 12.

³⁶ EEGs (n. 13), N 22.

³⁷ SAVIN (n. 11), p. 7.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ JULIUSSEN et al. (n. 23), p. 230.

⁴⁰ SAVIN (n. 11), p. 7.

répond à une nécessité aussi longtemps que les flèches sont orientées vers la cible. De cette illustration nous pouvons constater qu'un même état de fait sera justifié sous le régime américain et illégal sous l'europpéen. La doctrine européenne voit une violation du principe de nécessité lorsqu'il y a un accès généralisé ou que le rapport entre les données conservées et l'objectif poursuivi n'est pas donné, alors que la doctrine américaine valide de telles pratiques⁴¹.

Conclusion

Au terme de notre étude, deux constatations se dégagent : un bilan normatif est inévitablement superficiel tandis qu'un bilan pragmatique est inévitablement pessimiste.

L'indispensabilité d'instruments juridiques robustes et contraignants est incontestable pour satisfaire aux exigences du RGPD. En revanche, le texte américain ne suffit pas à satisfaire aux standards européens. Partant, s'arrêter aux défauts prescriptifs du DPF ne nous semble pas opportun. Du moins, il ne serait pas souhaitable que la CJUE condamne le DPF de ce point de vue. La Haute Cour européenne se doit d'être intransigeante quant à la mise en pratique et son attention ne devrait être détournée par des préoccupations d'ordre normatif. Si, toutefois, elle devait considérer le DPF comme insatisfaisant, par souci de cohérence, il lui incomberait de se pencher également sur les décisions d'adéquation conclues avec Israël et le Japon, tous deux disposant de pratiques de surveillances similaires aux États-Unis⁴². Cela nous amène à mettre en lumière les doubles standards de l'Union entre ce qui est attendu par ses États membres et les États tiers⁴³. Il est difficile de justifier les restrictions aux transferts de données vers un pays tiers en raison de ses lois sur la surveillance quand ces mêmes données peuvent librement circuler vers des États qui n'offrent pas plus de garanties à ce niveau, voire moins⁴⁴.

En ce qui concerne les perspectives du DPF, le 6 septembre 2023 a marqué le dépôt de la première demande en annulation du DPF auprès de la CJUE⁴⁵,

et l'étape III de l'épopée *Schrems*, ainsi nommée en référence à l'avocat activiste qui a fait annuler le *Safe Harbor* et le *Privacy Shield*, ne devrait pas tarder à connaître un nouveau rebondissement.

Framework, 8.9.23, in: <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/member-of-french-parliament-lodges-first-request-for-annulment-of-eu-us-data-privacy-framework> (consulté le 6.10.2023).

⁴¹ JULIUSSEN et al. (n. 23), p. 232.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ SHACKELFORD (n. 3), p. 326.

⁴⁴ KORFF (n. 20), p. 28.

⁴⁵ P. NAVARRO/J. SCHWARTZ, Member of French Parliament lodges first request for annulment of EU-US Data Privacy

Die Drittschadensliquidation - braucht es sie?

Alexander Perrig (MLaw student, Universität Freiburg)

En pratique, il existe des cas de figures où un dommage résultant d'une violation contractuelle survient dans le patrimoine d'un tiers et non dans celui du partenaire contractuel. À défaut d'un dommage imputable au partenaire contractuel et de base légale protégeant le tiers, des dommages-intérêts sont exclus. Les droits allemand et autrichien connaissent la « *Drittschadensliquidation* » qui permet au partenaire contractuel de faire valoir ledit dommage subi par le tiers. Le présent article examine si le droit suisse offre des alternatives pour résoudre la problématique des dommages causés aux tiers et par conséquent si la « *Drittschadensliquidation* » est nécessaire ou non.

Einleitung

Einer der wichtigsten Grundsätze des schweizerischen Vertragsrechts ist die relative Wirkung von Schuldverhältnissen. Ein Vertrag entfaltet grundsätzlich nur Rechte und Pflichten für die am Vertrag beteiligten Parteien, nicht aber für Dritte.¹ Eng mit diesem Grundsatz verbunden ist das «Dogma vom Gläubigerinteresse».² Danach muss der Schuldner nur jenen Schaden ersetzen, der im Vermögen des Gläubigers eingetreten ist.³ In der Praxis ergeben sich nun Fälle, in denen der Schaden aufgrund einer Vertragsverletzung statt beim Gläubiger bei einem vertragsfremden Dritten eintritt.

Gemäss dem «Dogma vom Gläubigerinteresse» kann der Gläubiger den Schaden nicht geltend machen, weil bei ihm selbst kein Schaden entstanden ist. Der Dritte hat zwar einen Schaden erlitten, jedoch fehlt ihm ein vertraglicher Anspruch, um diesen

vom Schuldner ersetzt zu erhalten.⁴ Folglich ist der Haftungstatbestand sowohl beim Dritten als auch beim Gläubiger nicht erfüllt.

Weil der Schaden aus der Sicht des Schuldners rein «zufällig»⁵ auf einen Dritten verlagert wurde, wird es gemeinhin als unbillig erachtet, dass der Dritte seinen Schaden nicht ersetzt erhält und der Schuldner den von ihm verursachten Schaden nicht ersetzen muss.⁶

Um diese unbefriedigende Situation zu beheben, hat die deutsche Lehre und die deutsche Rechtsprechung das Rechtsinstitut der sog. «Drittschadensliquidation» entwickelt.⁷ Dadurch wird dem Gläubiger das Recht eingeräumt, den Schaden des Dritten gegen den Schuldner geltend zu machen.⁸

In Deutschland⁹ und in Österreich¹⁰ ist die Drittschadensliquidation mittlerweile durchwegs anerkannt. In der Schweiz hingegen halten sich die kritische Stimmen in der Lehre hartnäckig.¹¹ Auch die Schweizer Rechtsprechung behandelt die

⁴ Ausnahmsweise hat der Dritte einen deliktsrechtlichen Anspruch. Das ist vor allem bei Obhutsverhältnissen der Fall, zumal der Dritte Eigentümer der beschädigten oder zerstörten Sache ist. Sowohl bei der indirekten Stellvertretung als auch bei Obhutsverhältnissen fällt ein deliktsrechtlicher Anspruch grundsätzlich weg, da beim Dritten i.d.R. ein reiner Vermögensschaden entsteht.

⁵ D. MEDICUS/S. LORENZ, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl., München 2021, § 52 N 27.

⁶ H. BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009, S. 408; R. H. WEBER, Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz, in: Sturm Fritz (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 215 ff., S. 216.

⁷ P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/S. EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 2885.

⁸ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 557.

⁹ Statt vieler MEDICUS/LORENZ (Fn. 5), § 52 N 26 ff.

¹⁰ Statt vieler P. APATHY, Drittschadensliquidation, JBL 131 (2009) Heft 2, S. 69 ff.

¹¹ So kritisiert beispielsweise P. PIOTET, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994 (ASR Heft 555), N 168 ff., 266 ff., 333 ff., die Anwendung der Drittschadensliquidation in der Schweiz und argumentieren, dass sich das Drittschadensproblem mit anderen Rechtsfiguren lösen lässt.

¹ Statt vieler L. MARTI-SCHREIER, Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung, Diss. Bern 2015 (ASR Heft 814), N 73.

² MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 35; C. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienvhältnissen, Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2019 (ASR Heft 830), N 118 ff.

³ BGer 4A_71/2012 vom 27.11.2012, E. 5.4.

Drittschadensliquidation bis heute mit äusserster Zurückhaltung.¹² Der vorliegende Beitrag geht deshalb der Frage nach, ob es nicht an der Zeit wäre, die Drittschadensliquidation auch in der Schweizer Rechtspraxis einzuführen.

I. Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation

Die Drittschadensliquidation wird in der Lehre typischerweise in Fallgruppen diskutiert.¹³ Im Folgenden werden die drei Hauptfallgruppen der «indirekten Stellvertretung», der «obligatorischen Gefahrentlastung» und der «Obhutsverhältnisse» dargelegt, und jeweils untersucht, ob es alternative Lösungsmöglichkeiten gibt, die eine Einführung der Drittschadensliquidation in der Schweiz obsolet machen würden.

A. Indirekte Stellvertretung

1. Ausgangslage

Bei der indirekten Stellvertretung schliesst der Vertreter in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung mit dem Schuldner einen Vertrag ab.¹⁴ Mithin wird nicht der Vertretene verpflichtet oder berechtigt, sondern der Vertreter selbst.¹⁵ In Fällen der indirekten Stellvertretung liegt somit das Interesse der Vertragserfüllung beim Vertretenen, Vertragspartei ist jedoch der Vertreter.¹⁶ Diese Ausgangslage kann zu Haftungsdefiziten führen.¹⁷ Verletzt der Schuldner den Vertrag, treffen die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsverletzung nicht den Vertreter – also den Vertragspartner – sondern den Vertretenen, auf dessen Rechnung der Vertrag abgeschlossen wurde.¹⁸

¹² In BGE 121 III 310, E. 4 S. 315 wurde eine Drittschadensliquidation im Zusammenhang mit Art. 399 Abs. 3 OR als denkbar erachtet. Explizit bejaht hat das Bundesgericht eine Anwendung der Drittschadensliquidation bis heute aber nicht.

¹³ Statt vieler VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 652 ff. und MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 23.

¹⁴ P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 1426.

¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), N 1427.

¹⁶ E. VON CAEMMERER, Das Problem des Drittschadensersatzes, ZBJV 100 (1964), S. 341 ff., S. 358; MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 155.

¹⁷ MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 155.

¹⁸ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 657.

Mithilfe der Drittschadensliquidation soll nun der Vertreter, der selbst keinen Schaden erlitten hat, den Schaden des nicht am Vertrag beteiligten Vertretenen geltend machen können.¹⁹

2. Alternative Lösungen

Bei der indirekten Stellvertretung werden häufig die Substitution (Art. 399 Abs. 3 OR) und die Legalzession (Art. 401 Abs. 1 OR) als Alternativen zur Drittschadensliquidation diskutiert.²⁰ Gemäss Art. 399 Abs. 3 OR kann ein Auftraggeber – wenn der Beauftragte die Besorgung des Geschäfts befugter- oder unbefugterweise auf einen Dritten übertragen hat – die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen. Das lässt nun vermuten, dass aufgrund von dieser Bestimmung, dem Auftraggeber direkt ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Dritten eingeräumt wird und die Drittschadensliquidation deshalb entbehrlich ist. Das ist aber deshalb nicht der Fall, weil der Beauftragte mangels eigenen Schadens selbst keinen Schadenersatzanspruch gegen den Dritten erwirbt.²¹ Nach dem Wortlaut von Art. 399 Abs. 3 OR kann der Auftraggeber aber nur solche Ansprüche geltend machen, die dem Beauftragten gegen den Dritten selbst zustehen.

Eine weitere allfällige Alternative erkennt insbesondere PIOTET in Art. 401 Abs. 1 OR.²² Dieser Bestimmung zufolge gehen die Forderungsrechte, die der Beauftragte gegenüber dem Dritten erworben hat, auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist.

Die Befürworter argumentieren, dass der Auftraggeber gegen den Dritten selbst einen Schadenersatzanspruch erlangt, wenn er seinerseits alle Pflichten gegenüber dem Beauftragten erfüllt hat.²³ Jedoch werde nach Art. 401 Abs. 1 OR nur solche Forderungsrechte *de*

¹⁹ MEDICUS/LORENZ (Fn. 5), § 52 N 32.

²⁰ MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 164.

²¹ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 437; MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 173; C. ARMBRÜSTER, Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia?, in E. Bucher/C.-W. Canaris/H. Honsell/T. Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S 71 ff., S. 82.

²² PIOTET (Fn. 11), N 168 ff.

²³ ARMBRÜSTER (Fn. 21), S. 80.

lege zediert, die der Beauftragte zuvor erworben hat.²⁴ Einen Schadenersatzanspruch hat der Beauftragte auch hier, mangels Schaden, hingegen nicht erworben. Mithin liegt dieser Lösung dasselbe Problem zugrunde wie der Substitution nach Art. 399 Abs. 3 OR.

B. Obligatorische Gefahrentlastung

1. Ausgangslage

Die Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung umfasst all jene Fälle, in denen aufgrund einer Gefahrtragungsregel der Schaden nicht beim Gläubiger, sondern bei einem vertragsfremden Dritten eintritt.²⁵ Mithin ist im vertraglichen Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten die Leistungs- und Preisgefahr aufgrund einer gesetzlichen Regelung auf den Dritten übergegangen.²⁶

Art. 185 Abs. 1 OR hält fest, dass Nutzen und Gefahr bei Vertragsabschluss auf den Käufer übergehen. Hat nun der Verkäufer die Kaufsache einer Transportfirma übergeben und hat diese sie pflichtwidrig beschädigt oder zerstört, entsteht der Schaden aufgrund des Gefahrenübergangs nicht beim Verkäufer, sondern beim Käufer.²⁷ Dieser hat den Kaufpreis grundsätzlich dennoch zu bezahlen, jedoch ist seine Forderung auf die Kaufsache unter Umständen erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Gleichzeitig kann er den Schaden mangels Vertrag mit dem Transportunternehmen nicht geltend machen. Im Gegensatz zum Käufer hat der Verkäufer zwar einen Vertrag mit dem Transportunternehmen, weil er den Kaufpreisanspruch aber behält, fehlt ihm der Schaden, welcher zur Komplettierung des Haftungstatbestands benötigt wird.²⁸

Durch eine Anwendung der Drittschadensliquidation könnte nun der Verkäufer den von der Transportfirma verursachten Schaden des Käufers geltend machen.

2. Alternative Lösungen

Bei der obligatorischen Gefahrentlastung wird allen

voran die Hilfspersonenhaftung (Art. 101 Abs. 1 OR) als Alternative in Betracht gezogen. Dabei wird argumentiert, der Schuldner sei in den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung als Erfüllungsgehilfe des Gläubigers zu qualifizieren.²⁹ So sei etwa der Lagerhalter ein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, da der Verkäufer die sorgfältige Aufbewahrung der Kaufsache schuldet.³⁰ Weil der Gläubiger dem Dritten gegenüber für das Verhalten seiner Hilfsperson einzustehen hat, erleidet der Gläubiger einen eigenen Schaden, sodass sich das Problem des Drittschadens gar nicht erst stellt.

Bei der Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung ist bei jeder Vertragskonstellation einzeln zu prüfen, ob der Schuldner als Erfüllungsgehilfe gelten kann.³¹ Liegt beispielsweise ein Versendungskauf vor, so wäre der Begriff des Erfüllungsgehilfen sehr weit auszulegen, denn beim Versendungskauf wurde keine Bringschuld, sondern eine Versendungsschuld³² vereinbart. Deshalb hat der Gläubiger den Vertrag mit der Abgabe der Sache an das Transportunternehmen erfüllt (Art. 185 Abs. 2 OR). Das Transportunternehmen kann in diesem Fall nicht als Erfüllungsgehilfe betrachtet werden.³³

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Hilfspersonenhaftung überall dort keine Alternative zur Drittschadensliquidation darstellen kann, wo der Schuldner keine Erfüllungshandlung vornimmt.³⁴

C. Obhutsverhältnisse

1. Ausgangslage

Unter der Fallgruppe der Obhutsverhältnisse werden Konstellationen zusammengefasst, in denen der Gläubiger zwar rechtmässiger Besitzer, nicht aber Eigentümer einer Sache ist.³⁵ Eigentümer der Sache ist ein Dritter, der die Sache dem Gläubiger mit der Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung übergeben hat.

²⁴ R. PERREN, Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation, ZBJV 140 (2004), S. 72 (Fn. 4), S. 72; VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 667; WEBER (Fn. 6), S. 222.

²⁵ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441; VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 671.

²⁶ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 671; MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 177.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 7), N 2883; BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441.

²⁸ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441.

²⁹ PIOTET (Fn. 11), N 266 ff.; PERREN (Fn. 4), S. 79.

³⁰ MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 210.

³¹ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 684.

³² Vgl. zum Begriff GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 7), N 2120.

³³ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441.

³⁴ WEBER (Fn. 6), S. 222; ARMBRÜSTER (Fn. 21), S. 83.

³⁵ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 445; VON CAEMMERER (Fn. 16), S. 365; PERREN (Fn. 4), S. 77; VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 697.

Hat beispielsweise der Besitzer (Mieter) eine gemietete Sache einem Schuldner zur Reparatur übergeben, und dieser beschädigt oder zerstört die Sache, so trifft der Schaden grundsätzlich den Eigentümer (Vermieter) und nicht den Besitzer (Mieter). Der Eigentümer hat aber keinen vertraglichen Anspruch, um den Schaden geltend zu machen.

Der Besitzer soll nicht durch die Drittschadensliquidation berechtigt werden, den Schaden des Eigentümers geltend zu machen. Der Schuldner soll nicht von der vertraglichen Haftung befreit werden, nur weil sein Vertragspartner «zufällig» nicht Eigentümer, sondern lediglich Besitzer der Sache ist.³⁶

2. Alternative Lösungen

Auch in Obhutverhältnissen sieht vor allem PIOTET die Lösung in der Hilfspersonenhaftung.³⁷ Der Gläubiger ist gemäss Vertrag mit dem Dritten verpflichtet, die Sache sorgfältig zu behandeln. Übergibt er nun die Sache – beispielsweise aufgrund eines Mietvertrags – dem Schuldner, ist dieser als Erfüllungsgehilfe zu betrachten, weil er dem Gläubiger hilft, die Sache sorgfältig zu behandeln.³⁸ Wenn die Sache nun beschädigt oder zerstört wird, so haftet der Gläubiger dem Dritten gegenüber aus Art. 101 Abs. 1 OR. Auch hier kann die Hilfspersonenhaftung folglich nur dort eine Alternative zur Drittschadensliquidation darstellen, wo der Schuldner eine Erfüllungshandlung vornimmt.

Mit Art. 487 Abs. 1 OR existiert ein gesetzlicher Anwendungsfall der Drittschadensliquidation.³⁹ Die Bestimmung sieht vor, dass ein Gastwirt, der einen Fremden zur Beherbergung aufnimmt, für die Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von seinem Gast eingebrachten Sachen haftet. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass damit nicht nur Sachen gemeint sind, die der Gast in seinem Eigentum hat, sondern auch solche, die er etwa aufgrund eines Mietvertrages als Besitzer mit sich führt.⁴⁰ Hierbei kann nun der Besitzer den Schaden des Eigentümers gegen den Gastwirt geltend machen. Folglich kann in solchen Fällen

– wenngleich diese freilich nur selten vorkommen – der Schadenersatzanspruch auf Art. 487 Abs. 1 OR gestützt werden und die Haftungsgrundlage der Drittschadensliquidation braucht es nicht.

Schlussfolgerung

Die in den einzelnen Fallgruppen untersuchten Alternativlösungen können mehrheitlich nicht überzeugen. Sie mögen zwar für Einzelfälle die Drittschadensliquidation entbehrlich machen, im Endeffekt bedarf es für ihre Anwendung aber jeweils spezifische Voraussetzungen, die schlichtweg nicht in jedem Fall vorhanden sind. Somit steht fest, dass nur die Drittschadensliquidation für eine Schadloshaltung des Dritten in allen Fällen garantieren kann. Es kann demzufolge festgehalten werden, dass die Drittschadensliquidation die beste Lösung darstellt, um das Drittschadensproblem zu lösen. Auf diese «massgeschneiderte» Lösung zu verzichten und dadurch in Kauf zu nehmen, dass der Dritte unter Umständen seinen Schaden nicht ersetzt erhält, ist m.E. nicht nachvollziehbar.

³⁶ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 445.

³⁷ PIOTET (Fn. 11), N 333 ff.

³⁸ ARMBRÜSTER (Fn. 21), S. 84.

³⁹ H. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 426.

⁴⁰ BGE 45 II 166, E. 1; HONSELL (Fn. 39), S. 426.

Art. 91 al. 2 LCR, infraction unique ou concours ?

Alexandre Schaufelberger (MLaw student, Université de Fribourg)

Vor kurzem befasste sich das BGer erstmals mit der Konkurrenz zwischen dem Fahren in qualifiziertem Zustand der Angetrunkenheit (Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG) und dem Fahren in einem Zustand der Fahruntfähigkeit aus anderen Gründen (Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG). Durch seine wörtliche Auslegung gelangte das BGer zu dem Schluss, dass diese beiden Buchstaben zwei Straftaten darstellen und eine Realkonkurrenz bilden. Durch eine historisch-teleologische und systemische Auslegung kommt der Autor zu einem gegenteiligen Schluss, indem er festhält, dass Art. 91 Abs. 2 SVG nur eine Straftat bildet. Eine Konkurrenz ist daher nicht möglich.

Introduction

Le concours entre certaines infractions peut faire l'objet de vifs débats. C'est particulièrement le cas entre la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 al. 2 let. a LCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons (art. 91 al. 2 let. b LCR). C'est en interprétant ces deux normes que le juge pourra déterminer s'il y a un concours au sens de l'art. 49 CP.

Dans l'ATF 147 IV 225, le TF a récemment tranché en faveur d'un concours entre les lettres a et b de l'art. 91 al. 2 LCR. L'étendue de notre discussion se limite au droit pénal général. Nous n'exposerons que la théorie juridique sur le concours (*infra* I) et la relation avec cet arrêt (*infra* II). Il ne sera donc pas question de traiter, dans le détail, des éléments constitutifs des deux infractions, car ceux-ci relèvent du droit pénal spécial. Néanmoins, ils seront présentés dans les limites de ce qui est nécessaire à notre argumentation.

I. Théorie juridique

A. Types de concours

La doctrine distingue le concours parfait du concours imparfait¹. Il y a concours parfait entre deux ou

plusieurs infractions dès que l'auteur réalise les éléments constitutifs de plusieurs infractions². Il s'agit de la seule circonstance aggravante de la partie générale du CP³. Elle s'applique également aux infractions de la partie spéciale du CP et du droit pénal accessoire⁴.

Le concours parfait peut être idéal ou réel⁵. Le TF parle de concours idéal lorsque, par un seul ou plusieurs actes formant une unité d'action, l'auteur réalise plusieurs comportements punissables⁶. Tel est, par ex., le cas entre la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et les actes d'ordre sexuel avec les enfants (art. 187 CP) puisqu'ils ne protègent pas le même bien juridique⁷. Il y a un concours réel lorsque, par plusieurs actes distincts, l'auteur réalise plusieurs infractions⁸.

Cette distinction n'a toutefois que peu d'importance pratique, car, dans les deux cas, les conséquences sont les mêmes⁹.

Il y a concours imparfait (ou concours apparent de lois) dès que plusieurs énoncés de faits légaux semblent s'appliquer à un ou plusieurs actes formant une unité d'action mais qu'une seule disposition s'applique¹⁰. En soi, ce n'est pas un véritable concours puisqu'une

Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1083.

² J. ACKERMANN, art. 49 CP, in : M. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar – Strafrecht, 4^e éd., Bâle 2019, N 6 (cité : BSK StGB-ACKERMANN, art.) ; M. KILLIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016, N 1103.

³ M. DUPUIS et al. (édit.), Petit commentaire – Code pénal, 2^e éd., Bâle 2017, art. 49 CP, N 3 (cité : PC CP, art.).

⁴ BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49, N 6.

⁵ N. QUELOZ/P. MEYLAN, Droit pénal suisse, Partie générale – Guide pour les études, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 166.

⁶ ATF 133 IV 297, c. 4.1 ; S. TRECHSEL/M. SEELMAN, art. 49 CP, in : S. Trechsel/M. Pieth (édit.), Praxiskommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4^e éd., Zurich 2021, N 1 (cité : PK StGB-TRECHSEL/SEELMAN, art.).

⁷ ATF 124 IV 154, c. 3.a, JdT 2000 IV 134.

⁸ ATF 133 IV 297, c. 4.1 ; D. STOLL, art. 49 CP, in : L. Moreillon et al. (édit.), Commentaire romand – Code pénal I, 2^e éd., Bâle 2021, N 7 (cité : CR CP I-STOLL, art.).

⁹ BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49 CP, N 49 ; PC CP (n. 3), art. 49 CP, N 14.

¹⁰ PK StGB-TRECHSEL/SEELMAN (n. 6), art. 49 CP, N 2.

¹ J. HURTADO POZO/T. GODEL, Droit pénal général, 3^e éd.,

seule norme pénale sera retenue¹¹. L'art. 49 al. 1 CP ne s'appliquera donc pas¹². Il ne s'agit que d'un problème d'interprétation¹³.

Les principes d'interprétation tels que les principes de la spécialité, de l'absorption ou encore de la subsidiarité aident à déterminer s'il y a concours au sens de l'art. 49 CP ou pas¹⁴. Le principe de spécialité veut que la norme spéciale s'applique, à l'exclusion de la norme générale¹⁵. L'énoncé de fait légal spécial contient, en plus de tous les éléments constitutifs compris dans la disposition générale, un élément constitutif particulier¹⁶. Tel est notamment le cas entre l'art. 111 CP et les art. 112 ss CP (art. 111 *in fine* CP)¹⁷. Le principe de subsidiarité s'applique lorsque deux infractions répriment le même comportement mais l'une n'est applicable que si l'autre ne l'est pas¹⁸. Ce rapport de subsidiarité peut découler de la loi ou de son interprétation¹⁹. Par ex. la filouterie d'auberge (art. 149 CP) est subsidiaire à l'escroquerie (art. 146 CP)²⁰. Le principe de l'absorption exclut l'application d'une norme pénale lorsque tous ses éléments constitutifs se trouvent dans une autre norme²¹. Tel est le cas du brigandage (art. 140 CP) qui absorbe la contrainte (art. 181 CP) et le vol (art. 139 CP)²².

B. Unité d'action

Il y a une unité d'action lorsque le juge peut regrouper plusieurs actes séparés en un tout²³. Si la norme pénale présuppose, dans les faits ou la typicité, la réalisation de plusieurs actes distincts, on retient une unité juridique d'action²⁴. Dans le cas contraire, il faudra déterminer si les actes relèvent d'une décision unique et apparaissent objectivement comme un fait unique

en raison de leur lien étroit dans l'espace et le temps²⁵. Le TF parle alors d'une unité naturelle d'action²⁶.

II. Application de la loi

A. Raisonnement du TF

Dans l'ATF 147 IV 225, le TF a retenu un concours parfait entre la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 al. 2 let. a LCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons, *in casu* un état de fatigue avancée (art. 91 al. 2 let. b LCR)²⁷. Il a donc nécessairement retenu que les deux lettres constitueraient deux infractions distinctes (*supra* I/A).

Par son interprétation littérale de l'art. 91 al. 2 LCR, le TF a constaté que la lettre a visait uniquement l'alcool alors que la lettre b couvrait toutes les autres causes d'incapacité de conduire, à l'exclusion de l'alcool²⁸. Il a donc estimé que les deux dispositions se complétaient et s'excluaient. En conséquence, l'une ne peut pas absorber l'autre ou ne peut pas être une *lex specialis*. Il en a conclu que les principes de spécialité et d'absorption ne pouvaient pas s'appliquer²⁹. En revanche, les juges de Mon-Repos ne se sont pas exprimés sur un éventuel rapport de subsidiarité.

Le TF rajoute que les deux infractions ont toujours été distinguées dans les multiples versions de la LCR en figurant dans deux articles, alinéas ou lettres différents³⁰. Il retient encore que ces deux infractions relèvent de deux comportements distincts découlant de deux volontés distinctes³¹. Une unité d'action serait donc impossible et on retiendrait forcément un concours réel (*supra* I/A et I/B). Pour appuyer sa position, le TF mentionne un arrêt du TC-SZ de 1988 et un du TPF ; ce dernier se limite à un renvoi à la position de JEANNERET³². Celui-ci retient un concours entre les art. 91 al. 2 let. a et b LCR³³.

¹¹ CR CP I-STOLL (n. 8), art. 49 CP, N 50.

¹² *Ibidem*.

¹³ HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1049.

¹⁴ KILLIAS/KUHN/DONGOIS (n. 2), NN 1111 et 1115.

¹⁵ QUELOZ/MEYLAN (n. 5), p. 167.

¹⁶ ATF 135 IV 152, c. 2.1.2.

¹⁷ BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49, N 57 ; HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1057.

¹⁸ CR CP I-STOLL (n. 8), art. 49, N 50.

¹⁹ BSK StGB-ACKERMANN (n. 2), art. 49 CP, NN 52 et 57 s. ; HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1061.

²⁰ ATF 125 IV 124, c. 2.c, JdT 2001 IV 6.

²¹ CR CP I-STOLL (n. 8), art. 49 CP, N 52.

²² KILLIAS/KUHN/DONGOIS (n. 2), N 1114.

²³ HURTADO POZO/GODEL (n. 1), N 1039.

²⁴ TF, arrêt du 6.3.2019, 6B_783/2018, c. 1.5 ; PC CP (n. 3), art. 49 CP, N 9.

²⁵ PC CP (n. 3), art. 49 CP, N 9 ; PK StGB-TRECHSEL/SEELMAN (n. 6), art. 49 CP, N 3.

²⁶ ATF 133 IV 256, c. 4.5.3, non publié au JdT.

²⁷ ATF 147 IV 225, c. 1.7.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem* ; voir ég. EGV-SZ, JdT 1989 I 727 ; TPF, arrêt du 6.10.2016, SK.2015.43, c. 7.1.3.

³³ Y. JEANNERET, art. 91 LCR, Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR) du 19 décembre 1958, Berne 2007, N 138.

B. Critique de l'arrêt

Dans son arrêt, le TF a rappelé, qu'avant le 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la nouvelle LCR, la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 aLCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons (art. 90 aLCR) se trouvaient dans deux articles différents. En se référant à l'arrêt du TC-SZ, il a laissé entendre que ce régime s'appliquait toujours, alors que les deux dispositions ont entre-temps été regroupées dans le même alinéa de l'art. 91 LCR. De manière surprenante, les juges de Mon-Repos n'ont pas cherché à établir plus précisément la volonté du législateur lors de la modification de 2005 et ne semblent pas avoir prêté attention à l'interprétation téléologique de la disposition.

La modification de 2005 de l'art. 91 LCR découle de la prise de conscience des effets que peuvent avoir d'autres causes, telles que les stupéfiants, sur la capacité de conduire³⁴. Il ressort du message du CF que le but du législateur était de traiter de manière égalitaire les personnes conduisant en état d'ébriété qualifiée et celles en incapacité de conduire pour d'autres raisons, estimant que ces personnes « devraient toutefois être traitées de la même façon »³⁵. Par ailleurs, au 1^{er} janvier 2005, la note marginale de l'art. 91 LCR est passée de « Conducteurs pris de boisson » à « Conducteurs se trouvant dans l'incapacité de conduire ».

Il est aussi intéressant de relever que la formulation du titre marginal a une nouvelle fois été modifiée au 1^{er} janvier 2014 pour passer à « Conduite malgré une incapacité et violation de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool » pour s'adapter ainsi à la restructuration formelle de l'art. 91 LCR distinguant la violation de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (art. 91 al. 1 LCR) et la conduite en incapacité de conduire, à laquelle est intégrée l'état d'ébriété qualifiée, (art. 91 al. 2 LCR)³⁶. Le législateur a ainsi voulu sanctionner, d'une part, l'ébriété au volant et, d'autre part, l'incapacité de conduire, en y

assimilant expressément l'état d'ébriété qualifiée. Il a sorti de l'interdiction de conduire sous l'influence de l'alcool (art. 91 al. 1 LCR) le cas d'une ébriété qualifiée qu'il intègre ainsi aux causes d'incapacité de conduire (art. 91 al. 2 LCR). Avec ces deux modifications successives de l'art. 91 LCR et le message du CF, nous pouvons conclure que le législateur a assimilé plutôt que distingué.

Le bien juridique protégé par l'art. 91 LCR est la sécurité routière³⁷. Indirectement, il protège aussi la vie, l'intégrité physique et le patrimoine des autres usagers³⁸. Ces biens juridiques sont protégés contre un danger abstrait créé par un conducteur au volant incapable de conduire, peu importe la cause de cette incapacité³⁹. L'auteur n'a, momentanément, pas la capacité physique et psychique pour conduire de manière sûre un véhicule mais prend quand même le volant⁴⁰. Il n'a plus la faculté de réagir face aux situations imprévues⁴¹. Ce n'est toutefois pas la cause qui crée le danger abstrait mais bien le fait de conduire un véhicule en état d'incapacité, quelle qu'en soit la cause. Comme le disent certains auteurs, les causes de l'incapacité ne sont, dans la disposition pénale actuelle, que des éléments secondaires⁴².

Selon nous, l'art. 91 al. 2 LCR ne forme qu'un énoncé de fait légal. Un concours parfait serait alors impossible, car il n'y aurait qu'une infraction. L'incapacité de conduire peut être la conséquence d'une ou plusieurs causes. Est tout aussi incapable de conduire celui qui présente un état d'ébriété qualifiée que celui qui a ingurgité trop de médicaments ou qui présente

³⁴ Message du 31 mars 1999 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière (LCR), FF 1999 IV p. 4106 ss, p. 4116 s. (cité : CF, Message modification LCR).

³⁵ *Idem*, p. 4117.

³⁶ Message du 20 octobre 2010 concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, FF 2010 p. 7703 ss, p. 7770 (cité : CF, Réforme Via sicura) ; S. FAHRNI/S. HEIMGARTNER, art. 91 LCR, in : M. Niggli/T. Probst/B. Waldmann (édit.), Basler Kommentar – Strassenverkehrsgesetz, Bâle 2014, N 5 (cité : BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER, art.).

³⁷ ATF 137 IV 326, c. 3.6, JdT 2012 IV 279.

³⁸ ATF 138 IV 258, c. 3.1 ss, 4.1 et 4.3, JdT 2013 IV 214 ; BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER (n. 37), art. 91 LCR, N 6.

³⁹ A. NIGGLI/G. FIOKA, Fahren in fahruntfähigem Zustand : Voraussetzungen, Konsequenzen, Erfahrungen, in : F. Werro/T. Probst (édit.), Strassenverkehrsrechtstagung 10-11 Juni 2010, Berne 2010, p.81 ss, p. 85 ; N. QUELOZ/A. ZIEGLER, La conduite en état d'incapacité : une cible d'action prioritaire pour la sécurité routière, in : F. Werro/T. Probst (édit.), Journées du droit de la circulation routière 7-8 juin 2010, Berne 2010, p. 116 ss, p. 122.

⁴⁰ BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER (n. 37), art. 91 LCR, N 1 ; JEANNERET (n. 33), art. 91 LCR, N 3.

⁴¹ NIGGLI/FIOKA (n. 40), p. 87 s.

⁴² B. CORBOZ, art. 91 LCR, Les infractions en droit suisse, Vol. II, 3^e éd., Berne 2010, N 51 ; BSK SVG-FAHRNI/HEIMGARTNER (n. 37), art. 91 LCR, N 65 ; G. FIOKA/N. LAUPER, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_1429/2020 vom 8. April 2021, A. gegen Generalstaatsanwaltschaft (MPc) des Kantons Waadt, Fahren in fahruntfähigem Zustand, Strafzumessung, Konkurrenzen, PJA 9/2021 p. 1207 ss, p. 1212.

un état de fatigue prononcé. Il n'est pas plus incapable de conduire en cas de cumul de causes d'incapacité. Le juge va naturellement apprécier la faute avec davantage de sévérité plus l'état d'ébriété est grave tout comme il pourra le faire s'il y a cumul de causes. La culpabilité de l'auteur sera plus lourde, car sa faute sera d'autant plus grave (art. 47 al. 2 CP)⁴³. En revanche, le cumul de causes incapacitantes ne devrait pas entraîner une aggravation de peine.

Conclusion

Dans l'ATF 147 IV 225, le TF a retenu un concours parfait entre les art. 91 al. 2 let. a et 91 al. 2 let. b LCR. Il a estimé que chaque lettre de l'art. 91 al. 2 LCR relevait d'un comportement distinct découlant d'une volonté délictuelle distincte pour retenir deux infractions. Il a donc appliqué les principes de l'aggravation et du cumul de peines (art. 49 al. 1 CP).

Selon nous, l'application du principe de l'aggravation faite par le TF dans cette affaire serait contraire au droit fédéral, car il n'aurait pas pris en compte l'évolution législative ni le véritable comportement incriminé par l'art. 91 al. 2 LCR. Il n'aurait dû retenir qu'une conduite malgré une incapacité de conduire et donc qu'une infraction ; il n'y aurait alors pas de concours.

Avec l'évolution des sciences et des moyens de preuve, il sera plus facile de déceler d'autres causes d'incapacité de conduire, telles que les mélanges médicamenteux, souvent cumulés avec l'alcool et la fatigue. La question du concours entre la conduite en état d'ébriété qualifiée (art. 91 al. 2 let. a LCR) et la conduite en état d'incapacité pour d'autres raisons (art. 91 al. 2 let. b LCR) pourrait donc se poser plus fréquemment. Il nous paraît donc nécessaire que le TF revoie sa position pour la rendre conforme à la LCR.

⁴³ QUELOZ/MEYLAN (n. 5), p. 150.



Specialist knowledge.

Are there any legal issues
that don't require it?

Lenz & Staehelin
The world's Swiss law firm

Die Unterhaltspflicht entspringend einer ungewollten Schwangerschaft: Ein Kommentar zu BGE 132 III 359

Eliane Aeschlimann (BLaw student, Universität Freiburg)

Les charges financières liées à un enfant non désiré sont considérables. Les obligations d'entretien des parents qui en découlent peuvent-elles être qualifiées de dommage au sens juridique du terme ? Dans le cadre de cette discussion, il ne faut pas oublier que l'enfant, en tant que personne, ne peut en aucun cas constituer ce dernier. En revanche, tel peut être le cas des pertes pécuniaires y découlant. La question de savoir s'il convient d'imposer à la mère une obligation de réduire le dommage soulève des doutes quant à son autodétermination en matière de reproduction. Le présent article a vocation d'analyser l'ATF 132 III 359 ainsi que les points de vue de la doctrine dans ce contexte.

Einleitung

Die Existenz oder das Fehlen eines Schadens im rechtlichen Sinne ist oft ein zentraler Streitpunkt in Gerichtsverhandlungen.¹ So auch in BGE 132 III 359, welcher prüft, ob ein Schadenersatzanspruch besteht für die aus einer Verletzung der Sorgfaltspflicht entstandenen Schwangerschaft. Die genannte Sorgfaltspflicht wurde in diesem Fall von einem praktizierenden Arzt verletzt, welcher seine Patientin,² anschliessend an ihren Kaiserschnitt, sterilisieren sollte. Der Arzt verliess jedoch, die Sterilisation durchzuführen. Dieses Versäumnis machte sich erst bemerkbar, als die Klägerin den Arzt aufgrund von anhaltender Übelkeit erneut aufsuchte. Dieser stellte fest, dass die Patientin sich in der siebten Schwangerschaftswoche befand. Die Schwangerschaft war klar ungewollt, so ging die Patientin eigentlich davon aus, sterilisiert worden

¹ Beim folgenden Artikel handelt es sich um eine modifizierte Version der an der Universität Freiburg i. Üe. verfassten propädeutischen Arbeit, einem Kommentar zu BGE 132 III 359; H. HONSELL/B. ISENRING/M. A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich et al. 2013, § 1 N 1.

² *Patientin* und *Mutter* sowie andere weiblich sozialisierte Termini werden im Folgenden als Synonyme verwendet für sämtliche gebärfähige Personen, unabhängig von deren Geschlechtsidentität.

zu sein. Die besagte Schwangerschaft hatte etliche gesundheitliche Komplikationen zur Folge, welche unter anderem zu einer Arbeitsunfähigkeit während sechs Monaten führten. Die Patientin klagte anschliessend gegen den Arzt bzw. das Spital, in welchem sie behandelt wurde, auf Schadenersatz.³

Im genannten Bundesgerichtsentscheid wurde geprüft, inwiefern eine ungewollte Schwangerschaft oder genauer gesagt das daraus entstandene Kind und auch die damit verbundene Unterhaltsverpflichtung der Eltern, welche sich aus Art. 276 Abs. 1 ZGB ergibt, als Schaden im rechtlichen Sinne qualifiziert werden kann.

Zudem drängt sich die Frage auf, wie weit die Pflicht zur Schadensminderung in Bezug auf ungewollte Schwangerschaften geht und ob eine Missachtung dieser zu einem Haftungsausschluss führen kann. Der folgende Artikel setzt sich mit diesen Fragen zur Kontroverse «Kind als Schaden» auseinander und untersucht zuerst, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die elterliche Unterhaltspflicht als Schaden qualifiziert werden kann. Danach werden mögliche schadensmindernde Optionen geprüft. Abschliessend folgt ein Fazit unter Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnis.

I. Der Schaden im rechtlichen Sinne – «Das Kind als Schaden» oder doch die elterliche Unterhaltspflicht?

A. Schäden im Sinne der Differenztheorie

Eine Legaldefinition für Schäden existiert nicht.⁴ Die gängigste Theorie zur Bezifferung eines Schadens, welche in der Schweiz praktiziert wird, ist jedoch die Differenztheorie.⁵ Sie vergleicht den tatsächlichen gegenwärtigen Stand des Vermögens mit dem hypothetischen Stand, welcher vorliegen würde, wäre

³ BGE 132 III 359, Sv. S. 359 ff.

⁴ HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 1), § 1 N 26.

⁵ HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 1), § 1 N 28.

das schädigende Ereignis nie eingetreten.⁶ Dabei wird auch beachtet, dass ohne den schädigenden Vorfall ein Gewinn erwirtschaftet werden könnte.⁷ Es stellt sich somit die Frage, inwiefern die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern als Schaden klassifiziert werden kann, sofern sie unfreiwillig entsteht.⁸

Schätzungsweise 2,1 Milliarden Stunden der sogenannten Care-Arbeit für Kinder werden in der Schweiz jährlich unbezahlt geleistet, wobei ein Grossteil davon von Frauen verrichtet wird.⁹ Diese zusätzliche Betreuungs- und Hausarbeit, welche mit einer Schwangerschaft bzw. dem Kind einhergeht, bedeutet für die Mutter in vielen Fällen das Karriereaus oder zumindest erhebliche Einbussen in der Arbeitswelt.¹⁰ Der Stand des Vermögens der Frau bzw. der Eltern wäre ohne die Geburt des Kindes also höher. Das Bundesgericht bejaht hierbei einen Schaden im Sinne der Differenztheorie.¹¹

Die vorhergehende Rechtsprechung äusserte sich diesbezüglich jedoch uneinheitlich.¹² So fiel auch schon ein Gerichtsentscheid, in welchem festgehalten wurde, dass es nicht möglich sei, ökonomische Aspekte von der menschlichen Persönlichkeit abzusondern, um so einen Schaden im rechtlichen Sinne zu kreieren.¹³ Das menschliche Wesen sei eine «untrennbare Einheit», welche als ein Ganzes angesehen werden müsse.¹⁴ Nach der hier vertretenen Meinung ist es klar, dass die Existenz des Kindes als Person keinen Schaden darzustellen vermag.¹⁵ Vielmehr wird hinterfragt, weshalb die Unterhaltsverpflichtung sowie die damit verbundenen finanziellen Aufwendungen und Strapazen aus dieser Argumentation heraus keinen

Schaden darstellen sollten.¹⁶

Wird die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern nach Art. 276 ZGB also unter den Umständen des vorliegenden Falles im Licht des Schadensbegriffs analysiert, scheint es einleuchtend, dass diese als Schaden klassifiziert wird.¹⁷ Die Eltern müssen nämlich nicht nur finanziell für das Kind aufkommen, sondern es auch pflegen und erziehen.¹⁸

B. Unfreiwilligkeit der elterlichen Unterhaltspflicht

Damit von einem Schaden gesprochen werden kann, wird vorausgesetzt, dass die Vermögensverminderung unfreiwillig eintritt.¹⁹ Dies gilt auch für die elterliche Unterhaltspflicht. Um als unfreiwillig bezeichnet zu werden, muss die Vermögensverminderung ohne oder gegen den Willen der/des Vermögenden eintreten.²⁰

OFTINGER spricht sich gegen die Zahlung von Schadenersatz aus, mit der Begründung, dass es sich bei der Geburt eines gesunden ehelichen Kindes um einen der Zwecke der Ehe handle und die finanzielle Belastung somit nicht unfreiwillig eintreten konnte.²¹ Diese Ansicht verkennt sämtliche Ansprüche der Frau auf ihre reproduktive Selbstbestimmung, was nach der hier vertretenen Meinung stossend ist. Die Aussage wurde jedoch 1975 getätigt.²² Es ist also davon auszugehen, dass sich die gesellschaftlichen Werte in dieser Hinsicht weiterentwickelt haben.

Auch schlossen schon kantonale Gerichte, in Anlehnung an die Meinung WEIMARS, einen unfreiwilligen Schadenseintritt in ähnlichen Konstellationen wie in BGE 132 III 359 aus.²³ WEIMAR und mit ihm auch die Gerichte erachteten das Kindesverhältnis als akzeptiert, insofern sich werdende Eltern gegen eine Abtreibung und gegen die Freigabe des Kindes

⁶ BGE 115 II 474, E. 3a; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 2 N 9; m. w. H HONSELL/ISENDRING/KESSLER (Fn. 1), § 1 N 28.

⁷ M. KUHN, Grundlagen der privatrechtlichen Arzthaftung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 31 ff., S. 31; OFTINGER/STARK (Fn. 6), § 2 N 10.

⁸ Zur Unfreiwilligkeit vgl. *infra* Kap. I.B.

⁹ K. BELSER, Anerkennung und Aufwertung der Care-Arbeit, Impulse aus Sicht der Gleichstellung, Bern 2010, S. 6 ff.

¹⁰ BELSER (Fn. 9), S. 22.

¹¹ BGE 132 III 359, E. 4.2.

¹² Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 49; I. STEINER, Das «Kind als Schaden» - ein Lösungsvorschlag, ZBJV 137 (2001), S. 646 ff., S. 649.

¹³ Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47 f.

¹⁴ Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 48.

¹⁵ STEINER (Fn. 12), S. 649.

¹⁶ STEINER (Fn. 12), S. 649 f.

¹⁷ Appellationsgericht BS, BJM 2000, S. 306 ff., S. 308; Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47; STEINER (Fn. 12), S. 646.

¹⁸ Vgl. Art. 276 Abs. 1 ZGB.

¹⁹ BGE 115 II 474, E. 3a.

²⁰ H. PETER/A. VON THUR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 84; STEINER (Fn. 12), S. 654.

²¹ K. OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, S. 62.

²² OFTINGER (Fn. 21), S. 62.

²³ Zivilgericht BS, BJM 1998, S. 131 ff., S. 134 f.; P. WEIMAR, Anmerkung zum Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 16.10.1985, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 49.

zur Adoption entscheiden.²⁴ Somit käme keine Schadenersatzpflicht in Betracht.²⁵

In BGE 132 III 359 bejahte das Bundesgericht jedoch, dass die Vermögensverminderung unfreiwillig eintrat.²⁶ Auch STEINER schloss sich dieser Argumentation an und vertrat den Standpunkt, dass ein akzeptiertes oder aufrechterhaltenes Kindesverhältnis nicht mit einer gewillt aufgebürdeten Unterhaltspflicht gleichgesetzt werden könne.²⁷ Selbst ein nun erwünschtes, aber ursprünglich ungewolltes Kind billigt nicht die durchkreuzte Familienplanung.²⁸ Erneut wird darauf aufmerksam gemacht, dass nicht das Kind selbst, sondern die finanzielle Belastung nicht willentlich entstand.²⁹ Der Auffassung WEIMARS kann somit nicht gefolgt werden.³⁰

II. Missachtung und Zumutbarkeit der Schadensminderungspflicht

Das Gebot für eine geschädigte Person, alles in ihrer Macht Stehende und Zumutbare zu unternehmen, um einen Schaden zu mindern, kann Art. 2 Abs. 1 ZGB (Gebot von Treu und Glauben) entnommen werden.³¹ Da die Schadenersatzpflicht beim Schädiger, im vorliegenden Fall des Spitals, mit sofortiger Wirkung eintritt und ihm somit die Möglichkeit einer Schadensbegrenzung verwehrt bleibt, ist es unerlässlich, den Haftpflichtigen vor rücksichtslosem Verhalten der geschädigten Person zu schützen.³²

Die Möglichkeit, ein Kindsverhältnis zu beenden und somit einen Schaden zu mindern oder zu verhindern, besteht einzig durch eine Abtreibung oder eine Adoptionsfreigabe des Kindes.³³ Soweit diese Optionen zumutbar sind, besteht eine Missachtung der Schadensminderungspflicht.³⁴ Die Zumutbarkeit ist ein subjektives Element der Verhältnismässigkeit,

zu deren Bewertung die Tragweite einer Massnahme für die einzelne Person untersucht werden muss.³⁵ In diesem Kontext kann auch von einer Zweck-Mittel-Relation gesprochen werden.³⁶ Im Folgenden wird erläutert, weshalb beide Optionen nach der heutigen Auffassung nicht als zumutbar gewertet werden können.³⁷

A. Freigabe des Kindes zur Adoption

Beim Entschluss für oder gegen die Zustimmung zu einer Adoption nach Art. 265a Abs. 1 ZGB handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht.³⁸ Solche Rechte können weder abgetreten noch eingeschränkt werden – auch nicht mit eigener Zustimmung.³⁹ Folglich kann auch nicht als Teil der Schadensminderungspflicht verlangt werden, dass ein solches Recht (nicht) ausgeübt wird.

B. Schwangerschaftsabbruch

In BGE 132 III 359 wird auf ein Urteil des Baselstädtischen Appellationsgericht verwiesen.⁴⁰ Dieses prüfte vor allem den induzierten Abort als eine annehmbare Möglichkeit zur Schadensbegrenzung.⁴¹ Da die Klägerin sich nach einem missglückten Abbruch gegen einen erneuten Versuch ausspricht, verwehrt das Gericht ihr den Anspruch auf Schadenersatz der Vermögenseinbusse.⁴² Das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt vertrat die Auffassung, dass eine erneute Abtreibung zumutbar sei, da die Klägerin bereits in der Vergangenheit zwei solche auf sich genommen hatte.⁴³

Wen auch die Situation im Fall des Appellationsgerichts und in jenem des Bundesgerichts nicht identisch war

²⁴ Zivilgericht BS, BJM 1998, S. 131 ff., S. 135; WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

²⁵ WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

²⁶ BGE 132 III 359, E. 4.1.

²⁷ STEINER (Fn. 12), S. 654.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Vgl. *supra* Kap. I.A.

³⁰ Zivilgericht BS, BJM 1998, S. 131 ff., S. 134 f.; WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

³¹ C. MATTHÄUS, Schadenminderungspflicht im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, Baden-Baden 2008, S. 137.

³² *Ibidem*.

³³ WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

³⁴ MATTHÄUS (Fn. 31), S. 138.

³⁵ G. RIEMER-KAFKA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Leistungskürzungen und Leistungsverweigerungen zufolge Verletzung der Schadensverhütungs- und Schadensminderungspflicht im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Habil. Freiburg 1999, S. 86.

³⁶ RIEMER-KAFKA (Fn. 35), S. 86.

³⁷ BGE 132 III 359, E. 4.3.3.

³⁸ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB) vom 12.5.1971, BBl 1971 I 1200 ff., 1225; BGE 132 III 359, E. 4.3.1.

³⁹ C. HUGUENIN/C. P. REITZE, Art. 27 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 27 ZGB N 2.

⁴⁰ BGE 132 III 359, E. 4.3.2.

⁴¹ Appellationsgericht BS, BJM 2000, S. 306 ff., S. 310 f.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Appellationsgericht BS, BJM 2000, S. 306 ff., S. 311.

und der Vergleich somit nicht in jeder Beziehung möglich ist, spricht sich das Bundesgericht dennoch klar gegen eine «Abtreibungsobliegenheit» aus.⁴⁴ Die Schwangere kann sich auf Art. 10 Abs. 2 BV berufen. Die sexuelle Entfaltung ist ein Kerngehalt der persönlichen Freiheit.⁴⁵ Somit ist es grundrechtlich verankert, dass es jeder Frau freisteht, sich einem Schwangerschaftsabbruch zu unterziehen oder nicht.⁴⁶ Es ist dementsprechend nicht zulässig, eine derartige Obliegenheit als Teil der Schadensminderungspflicht aufzuerlegen.⁴⁷

Scharf kritisiert wurde eine solche Obliegenheit auch von BOMMER.⁴⁸ Laut ihm ist die Obliegenheit zu einer Abtreibung «eine ruchlose Zumutung»,⁴⁹ wenn nicht gar eine «strafbare Zumutung» im Sinne von Art. 118 ff. StGB.⁵⁰

Fazit

Der Schaden, welcher sich aus der unfreiwilligen Vermögensverminderung ergibt, ist durch die Unterhaltspflicht für das Kind nach Art. 276 Abs. 1 ZGB gegeben.⁵¹ Hierbei handelt es sich um eine ökonomisch negative Konsequenz für die Eltern.⁵²

Ebenso ist zu bejahen, dass diese Schädigung unfreiwillig eintrat, unabhängig davon, ob sich die Mutter bzw. die Eltern dazu entschieden haben, das Kindesverhältnis zu beenden.⁵³ Es ist eine naheliegende Schlussfolgerung, dass sowohl eine Abtreibung als auch das eigene Kind Dritten zu

überlassen, stark einschneidende Entscheidungen in das Leben der Eltern und insbesondere der Mutter darstellen.⁵⁴ Einer Klägerin die Missachtung der Schadensminderungspflicht vorzuwerfen, lediglich weil die werdende Mutter sich gegen eine Freigabe zur Adoption und gegen einen Schwangerschaftsabbruch entscheidet, kann nicht richtig sein.⁵⁵ Dieser Auffassung folgt auch das Bundesgericht und erklärt einen induzierten Abort oder die Freigabe seines Kindes zur Adoption als Beitrag zur Schadensminderungspflicht als unzumutbar.⁵⁶ Ein Haftungsausschluss basierend auf dieser Grundlage ist demnach nicht möglich.

Das Bundesgericht weist es ab, das Kind als Schaden zu bezeichnen und stellt klar, dass die Schädigung durch die Unterhaltspflicht nach Art. 276 Abs. 1 ZGB zustande kommt.⁵⁷ Das gängigste Argument der abweichend ausfallenden Meinungen, dass ein ungeplantes Kind nicht zu einem Vermögensschaden der Eltern führen könne, verliert somit bedeutend an Relevanz.⁵⁸

Das Bundesgericht zeigt sich in seiner Entscheidung fortschrittlicher als vorinstanzliche Gerichte und Lehrmeinungen, was im Sinne der Emanzipation der Frau erfreulich ist.

⁵⁴ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 45), S. 147.

⁵⁵ FELLMANN (Fn. 49), S. 334.

⁵⁶ BGE 132 III 359, E. 4.3; FELLMANN (Fn. 49), S. 322.

⁵⁷ BGE 132 III 359, E. 4.4.1.

⁵⁸ Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47; WEIMAR (Fn. 23), S. 49.

⁴⁴ BGE 132 III 359, E. 4.3.2.

⁴⁵ J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 149.

⁴⁶ BGE 132 III 359, E. 4.3.2; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 45), S. 149.

⁴⁷ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 45), S. 149.

⁴⁸ F. BOMMER, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadensminderung?, Zum Urteil des Baselstädtischen Appellationsgerichts vom 23.10.1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung, ZBJV 137 (2001), S. 664 ff., S. 665.

⁴⁹ W. FELLMANN, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 123 (1987), S. 317 ff., S. 322.

⁵⁰ BOMMER (Fn. 48), S. 665 ff. (Hervorhebung entfernt), erwähnt die eventuelle Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches in der 18./19. SSW. Diese zusätzliche Thematik würde den Rahmen des Artikels sprengen, weshalb hiermit auf seine Urteilsanmerkung verwiesen wird.

⁵¹ BGE 132 III 359, E. 4.2.

⁵² Bezirksgericht Arbon, SJZ 82 (1986), S. 46 ff., S. 47; OFTINGER/STARK (Fn. 6), § 2 N 1.

⁵³ Vgl. *supra* Kap. II.A. und II.B.



Where will your NKF career take you?

We help you build your career and
support you in achieving your goals.

NKF

nkf.ch/career

Nutzen und Grenzen historischer Evidenz

Barnaby Leitz (MLaw, Diplomassistent und Doktorand am Lehrstuhl für Rechtsgeschichte und Kirchenrecht von Prof. René Pahud de Mortanges)

Die Vergangenheit zu interpretieren, Geschichte zu schreiben, steht grundsätzlich allen offen – frei nach der Maxime Pippi Langstrumpfs: „Ich mach' mir die Welt, wie sie mir gefällt.“ So sehr auch danach gestrebt wird, eine objektive historische Wahrheit gibt es nicht, der:die Historiker:in kann sich nur der Tatsächlichkeit annähern. Was aber wenn ein Gericht Tatsachen fordert?

Da mihi factum, dabo tibi ius - gib mir die Tatsachen, ich gebe dir das Recht; die klassische römische Rechtsregel, welche die Arbeitsteilung zwischen Parteien und Gericht definiert, erhält ein neue Dimension: Mit der Aufklärung und Wiedergutmachung der Massenverbrechen des 20. Jahrhunderts wird die Geschichtsschreibung zur «Vermittlerin» von Tatsachen für Gerichte und aus Historiker:innen werden Sachverständige, Gutachter:innen und Expert Witnesses. Sie wirken aktiv mit an einigen der bedeutendsten Prozesse des letzten Jahrhunderts, sei es am Nürnberger Kriegsverbrecherprozess, dem Eichmann-Prozess, Brown v. Board of Education oder Irving gegen Lipstadt. Unter anderem analysieren sie Dokumente, verfassen Gutachten und sagen vor Gericht aus.

Diese neue Rolle von Historiker:innen als Sachverständige führt zu Fragen, die aus (rechts-)historischer sowie juristischer Perspektive zu bearbeiten sind. Es geht grundlegend um das Verhältnis von Recht und Geschichte, eine Gegenüberstellung, die eine lange Tradition aufweist. So sind die Parallelen zwischen historischer und juristischer Arbeitsweise einleuchtend: Vergangene Ereignisse werden rekonstruiert, anhand einer leitenden Hypothese wird ein Sachverhalt bearbeitet und schliesslich eine Schlussfolgerung formuliert. Gerade diese Schlussfolgerung verdeutlicht aber einen zentralen Unterschied zwischen den beiden Arbeitsweisen. Die objektive historische Wahrheit ist ein Bestreben, die objektive juristische Wahrheit wird zur Realität: Die Schlussfolgerung erwächst im Urteil, im Entscheid des:der Richters:Richterin. Das Urteil

verändert Leben, wandelt den Lauf der Geschichte, oder sonst eine pathetische Formulierung des Umstands, dass Urteile Sachverhalte, Tatbestände und Subsumtionen festhalten – und erfahrungsgemäss definitiv sind. Die Schlussfolgerungen von Historiker:innen beanspruchen nicht diese Verbindlichkeit; sie sind Erörterungen, die auf dem derzeitigen Forschungsstand oder der aktuellen Quellenlage beruhen und gelten, inwieweit sie zur Kenntnis genommen werden. Sie können angepasst, revidiert oder gänzlich widerlegt werden.

Verwässert sich nun diese Verbindlichkeit in einem Prozess, an dem Historiker:innen als Sachverständige mitwirken? Was bedeutet es, wenn Geschichtsschreibung als Beweis verwendet oder zur Grundlage der richterlichen Entscheidungsfindung wird? Was passiert, wenn ein für ein Urteil relevantes, historisches Gutachten durch spätere Forschung hinterfragt oder sogar widerlegt wird? Derartige Überlegungen führen zu kontroversen Fragen, die wiederholt im Verlauf des letzten Jahrhunderts im Kontext der Tätigkeit von Historiker:innen als Sachverständige aufgeworfen wurden und eine Auseinandersetzung mit dieser Rolle und Funktion bedingen. Können die vermittelten, historischen Erörterungen differenziert werden von dem:der einberufenen Historiker:in? Denn obwohl im jeweiligen Prozess eine Darstellung der Geschichtsschreibung als Evidenz vorgetragen wird, ist es vielmehr die hierzu berufene Person, die als Sachverständige zur Vertreterin dieser Geschichtsschreibung wird.

Anhand von Fallstudien oder konkreter Studien über Historiker:innen wird im historischen Teil meiner Dissertation eine juristische Zeitgeschichte des Auftretens von Historiker:innen und deren Rolle und Tätigkeit in Prozessen dargestellt. Diese Prozesse setzen sich mit der rechtlichen Bewältigung des Zweiten Weltkriegs und des Nationalsozialismus, mit Rassismus in den USA oder Völkermordleugnung und historischem Revisionismus auseinander. Den Studien unterliegen grundsätzliche Fragen,

die eine Eingrenzung sowie Annäherung an den Nutzen und die Grenzen der historischen Evidenz ermöglichen sollen. Diese Fragen werden unter vier Begriffen – Problematik, Funktion, Qualifikation und Methode – gruppiert:

- 1) Die Problematik beschäftigt sich mit der grundlegenden Frage «wieso wird ein:e Historiker:in beauftragt?» und erörtert anhand des geschichtlichen Kontexts des Falls die Beweggründe der Parteien im Verfahren oder des Gerichts eine:n Historiker:in einzubeziehen.
- 2) Anhand der Funktion wird dargestellt in welcher Rolle, sei es als Sachverständige:r, Gutachter:in oder Expert Witness, der:die Historiker:in auftritt und was der Auftrag ist.
- 3) Über die Qualifikation wird dargestellt, inwiefern er:sie sich für diesen Auftrag eignet.
- 4) Schliesslich wird anhand der Methode dargelegt, wie er:sie die ihm:ihr aufgetragenen Aufgaben handhabt.

Diese Studien sollen zur Beantwortung praxisbezogener (juristischer) Fragestellungen helfen, insbesondere:

- 1) In welchen Fällen macht es Sinn, Historiker:innen beizuziehen?
- 2) Auf welche Ermittlungen müsste deren Tätigkeit gerichtet sein, d.h. welche Fragen können oder sollten von Historiker:innen beantwortet werden?
- 3) Auf welcher Basis werden Historiker:innen berufen oder qualifizieren sie sich als Sachverständige?

Zusammen stellen diese Fragen Elemente meiner grundlegenden Forschungsfrage dar: «Inwiefern kommt Geschichte vor Gericht zur Anwendung – und eignet sie sich als Evidenz?». Wer die Antwort darauf möchte, wird meine Dissertation lesen müssen.

Join our team

If you want to work in a modern,
entrepreneurial atmosphere, submit your
application!

More information about our summer programs and career
perspectives on jacquemoudstanislas.com

Interview avec Grégoire Mangeat

Associé chez MANGEAT

Grégoire Mangeat

1998	Licence, mention droit européen, Université de Fribourg
1998	Stagiaire, Farella Braun & Martel LLP, San Francisco
1998-2001	Avocat-stagiaire, Gillioz Dorsaz, Genève
2000	Concours d'art oratoire Michel Nançoz, 1 ^{er} prix.
2002	Brevet d'avocat
2003	Master of International and European Business Law, M.B.L.-HSG, Saint-Gall
2003-2008	Associé, MCP Avocats, Genève
2008-2010	Premier secrétaire du Jeune Barreau de l'Ordre des avocats de Genève
2009-2015	Associé, Eversheds Sutherland
2011-2021	Chargé d'enseignement et vice-président de l'École d'Avocature, Université de Genève
2016-2018	Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Genève
Dès 2016	Associé, MANGEAT, Genève



Image : Jeremy Spierer

Qu'est-ce qui vous a amené à faire des études de droit ?

Au départ, soyons franc, ce sont des études par défaut, comme pour beaucoup d'étudiants.

Vous avez effectué vos études à l'Université de Fribourg. Pourquoi ce choix plutôt qu'un autre ?

Fribourg, c'était la possibilité de quitter la maison sans froisser personne, en expliquant très simplement à ses parents que la meilleure faculté de droit de Suisse était là-bas. Personne ne pouvait raisonnablement s'opposer à un tel argument ! J'ai eu de la chance, car l'Université de Fribourg venait d'assouplir son règlement afin d'admettre les porteurs d'une maturité cantonale artistique.

Nous n'attendons pas de vous cette course infernale, qui peut même vous épuiser. Pensez un peu à vous et à autre chose qu'au droit.

Durant vos études à Fribourg, vous avez effectué un séjour à l'Université Paris-Panthéon-Assas.

Quelle leçon avez-vous tiré de cette expérience ?

C'était la première volée de l'accord nouvellement conclu entre Fribourg et Paris II. Je me souviens avoir été frappé par nos connaissances beaucoup plus importantes en droit européen que celles des étudiants français. J'y ai aussi découvert la violence des élections estudiantines, avec des fronts très politisés et une forte présence de l'extrême droite. En dépit des enseignements de très haut niveau et de la vie culturelle parisienne, l'étudiant « suisse » peut être déçu en passant de Fribourg, cette ville campus, au bâtiment de la rue d'Assas, où des Parisiens tout de même assez ethnocentrés arrivent à la « fac » à 9 heures du matin pour suivre quelques cours puis disparaissent une fois ceux-ci terminés.

À cette époque, envisagiez-vous déjà de vous lancer dans l'avocature ?

J'ai plutôt le souvenir de quelques moments clés qui ont dû m'aider à avancer dans mes choix : la lecture de *L'Exécution*, de Robert BADINTER, sans aucun doute ; les séminaires intensifs et le professeur Pierre TERCIER ; la visite de la Cour de justice de l'Union européenne à Luxembourg, avec ma volée de droit européen et le professeur Nicolas MICHEL ; mon intérêt pour les enseignements consacrés aux droits fondamentaux et aux grands principes, avec les

professeurs Marco BORGHI et Jean-Baptiste ZUFFEREY ; réaliser en particulier que l'avocat peut concourir à la redéfinition de ces droits et principes, au gré de l'évolution de la société ; puis, entre la fin de mes études et le début du stage d'avocat, la participation à une audience devant un juge fédéral américain à San José, dans le cadre d'un séjour à Berkeley puis dans une étude d'avocats à San Francisco.

Qu'est-ce que vous conseillerez à un-e jeune juriste souhaitant parfaire sa formation juridique ?

Une fois ses études terminées, les compléments les plus naturels restent à mon avis le doctorat et le LL.M. Pendant les études, en revanche, je suis pour que les étudiants soufflent un peu. Quand je vois des jeunes de 22 ans postuler chez nous pour y accomplir leur troisième ou quatrième stage d'été, j'ai parfois un peu peur. Je me demande même si les barreaux ne devraient pas délivrer un message clair, à l'unisson, à tous les étudiants qui commencent leurs études : « Calmez-vous. Nous n'attendons pas de vous cette course infernale, qui peut même vous épuiser. Pensez un peu à vous et à autre chose qu'au droit. »

Je ne comprends pas que les juges fédéraux puissent s'accommoder de cette situation qui, en réalité, menace de dégrader leur autorité.

Selon vous, en tant qu'avocat, est-ce plus important d'être convaincant que d'avoir raison ?

S'efforcer d'être convaincant, sans doute, car c'est notre affaire, celle sur laquelle on peut influencer, celle où l'on peut faire des efforts, s'améliorer.

Vous assistez régulièrement à des concours d'éloquence et siégez comme juré du célèbre Concours d'art oratoire Michel Nançoz. Quelle place devrait accorder tout bon et toute bonne juriste à la pratique régulière de la rhétorique ?

J'y consacre un peu de temps pour l'amour de la langue. Pour les idées. Pour le corps en action qui s'exprime.

Pour l'émotion parfois suscitée. Cela dit, je ne suis pas naïf sur le rôle plutôt modeste que joue aujourd'hui la plaidoirie pénale, en tout cas dans mon domaine, en droit pénal économique.

Pourquoi ?

Parce que la plaidoirie pénale n'a quasiment plus aucun impact dans un système où les jugements sont largement pré-rédigés avant même que l'avocat ne prenne la parole. De plus en plus souvent, l'avocat a l'impression que l'audience pénale n'a plus qu'un rôle de confirmation d'un jugement déjà rédigé de bout en bout.

Tout est présenté comme important, comme nouveau ou quasi-nouveau. Il n'y a plus de hiérarchie de l'information et le lecteur est livré à lui-même.

Selon vous, en quoi est-ce un problème ?

C'est un problème parce que le juge se met en situation de ne pas pouvoir accueillir avec la même ouverture d'esprit les éléments, de fait comme de droit, qui sont exprimés lors des débats ou qui sont présentés par l'avocat. C'est en outre un problème sous l'angle des apparences, puisque tout le monde voit bien que rendre un jugement de 50, 100 voire 200 pages quatre ou cinq jours après la fin des plaidoiries, ce n'est pas la meilleure des démonstrations d'une justice ouverte au contradictoire et respectueuse du travail de l'avocat.

Alors, quels changements devrait connaître le système judiciaire ?

Les chances que cela change sont assez faibles, puisque le Tribunal fédéral ne montre pas l'exemple.

C'est-à-dire ?

De façon surprenante, les pratiques des cours du Tribunal fédéral ne sont pas uniformes. En droit pénal, en dépit de la gravité de la matière et de l'importance des enjeux, il y a cette habitude – que je

trouve très contestable – de laisser les greffiers rédiger l'entier des projets d'arrêts (appelés pudiquement « rapports ») sur la base du seul recours déposé. Ce n'est, sauf exception, que si le greffier a décidé d'admettre le recours qu'il demandera à l'avocat de la partie intimée de présenter des observations écrites. Mais, à ce moment-là, tout est déjà rédigé et le plus souvent joué d'avance. Certains greffiers prennent la peine de discuter les arguments de la partie intimée, de les réfuter, mais c'est assez rare. Quant aux juges fédéraux, leurs qualités juridiques souvent indiscutables ne doivent pas nous empêcher de déplorer qu'ils soient si peu nombreux et qu'ils soient devenus très essentiellement des relecteurs de projets d'arrêts, alors qu'en heuristique (ndlr : discipline consacrée à l'art de la découverte, à la méthode de résolution des problèmes), on décrit le passage par l'écriture, par la rédaction, comme une méthode de développement et de maturation intellectuelle de la pensée. La mise en mots, la mise en texte des idées, a en effet cette fonction intéressante qu'elle précise notre pensée. Lorsque j'évoque ces questions avec une personne de ma famille, juge retraitée du Bundesgerichtshof (BGH) à Karlsruhe, elle est stupéfaite de voir que notre système repose aussi largement sur des juges suprêmes qui ne rédigent quasiment plus rien. Je ne comprends pas que les juges fédéraux puissent s'accommoder de cette situation qui, en réalité, menace de dégrader leur autorité. Cela dit, la dégradation de la situation vient principalement de Berne, du Parlement et de ses commissions qui exigent toujours plus de productivité, toujours plus d'arrêts rédigés, tout en coupant dans le budget des tribunaux fédéraux. On a vraiment l'impression que Berne se fiche pas mal de ce qu'exige la préservation d'une justice de qualité.

[J]e ne suis pas naïf sur le rôle très modeste que joue aujourd'hui la plaidoirie pénale (...).

Votre métier d'avocat demande également une excellente culture juridique. Comment vous tenez-vous informé de l'actualité judiciaire ?

Vous avez raison de rappeler l'importance d'une excellente culture juridique. Mais celle-ci reste à mon avis très largement celle acquise pendant les études, le

doctorat ou les formations post-master. Une fois avocat, il faut faire des choix plus ciblés car des milliers de pages sont publiées chaque jour dans des revues, des newsletters ou sur les réseaux sociaux. Tout est présenté comme important, comme nouveau ou quasi-nouveau. Il n'y a plus de hiérarchie de l'information et le lecteur est livré à lui-même.

Avez-vous une manière de faire, à vous, pour rester au courant ?

Je participe à de nombreuses journées d'études, où l'information a été préalablement triée par les orateurs. Je lis quelques revues spécialisées. Je lis également les tables des matières des Mélanges publiés en l'honneur des professeurs, car je trouve que les sujets traités donnent des indications intéressantes sur les grandes questions juridiques du moment et sur l'évolution probable de leur traitement. J'essaie par ailleurs de m'intéresser aux évolutions plus profondes qui touchent à mon activité.

La xénogreffe de ces instruments de nature anglo-saxonne dans nos droits continentaux pose des problèmes de procédure tout à fait passionnants.

Vous avez des exemples de ces évolutions plus profondes ?

Depuis quelques mois, par exemple, je m'intéresse énormément à la deuxième tentative – celle-ci sera à mon avis la bonne, si les avocats sont associés au processus – du Ministère public de la Confédération (MPC) de faire entrer l'instrument du Deferred Prosecution Agreement dans notre droit. La xénogreffe de ces instruments de nature anglo-saxonne dans nos droits continentaux pose des problèmes de procédure tout à fait passionnants.

Vous avez été Bâtonnier au barreau de Genève. Qu'est-ce qui vous a motivé à vous engager au sein de votre barreau ?

Le souci de l'engagement et du partage. Le désir de changer des choses, par petites touches, pour

améliorer la vie des avocats et poursuivre l'inscription de Genève comme lieu d'excellence internationale en matière de droit.

Avez-vous rencontré des difficultés à ce titre ?

Pas vraiment. Ou peut-être le conservatisme, parfois. Mais l'essentiel de ce temps consacré aux autres a été fait de beaucoup de bonheurs.

Vous avez été impliqué dans la direction de l'École d'Avocature (ECAV), spécificité que l'on ne connaît pas à Fribourg. Avez-vous remarqué des changements chez les avocat·e·s-stagiaires ayant suivi cette étape supplémentaire ?

L'ECAV repose sur deux objectifs fondamentaux : offrir un enseignement pratique pour mieux préparer le stage obligatoire. Ce premier objectif est atteint. Des jeunes stagiaires qui ont déjà appris à rédiger des écritures, à participer à une audience, qui connaissent la procédure et le droit de la profession d'avocat, sont très certainement de meilleurs stagiaires. L'autre objectif de l'ECAV, qui consiste à permettre une réorientation plus rapide en cas d'échec, n'est que partiellement atteint, malheureusement.

[Il] y a vingt-cinq ans, à Fribourg, rien n'était gagné jusqu'au franchissement victorieux du tout dernier bloc d'examens. Je pense que les universités exigeantes rendent plutôt service aux étudiants (...).

Selon vous, pourquoi ce second objectif reste-t-il encore inachevé ?

Parce que l'Université de Genève, qui devait elle aussi jouer sa partition, n'a jamais repensé sa manière d'ordonner les études de droit. Un étudiant qui réussit sa première année de Bachelor (première série) arrive presque systématiquement au terme de ses études de droit, quatre ans plus tard. Ce sont ainsi quelques

dizaines d'étudiants qui terminent leurs études de droit pour ensuite échouer au niveau de l'ECAV. J'ai l'impression que beaucoup d'entre eux auraient gagné à être réorientés au terme de leur deuxième ou troisième année d'études. Mais l'étalage sur deux années insécables de la deuxième série du Bachelor, à Genève, semble intouchable. Je ne sais pas si cela a changé depuis mais il y a vingt-cinq ans, à Fribourg, rien n'était gagné jusqu'au franchissement victorieux du tout dernier bloc d'examens. Je pense que les universités exigeantes rendent plutôt service aux étudiants.

Ces dernières années, vous avez été mandaté dans un certain nombre d'affaires de droit pénal économique hautement médiatisées. Pourriez-vous partager un moment particulièrement marquant ou notable que vous avez vécu dans ce contexte ?

L'équipe de Dispute Resolution, que mon associée Fanny MARGAIRAZ et moi avons la chance de conduire, a vécu des moments particulièrement intenses ces dernières années, c'est vrai. Pour ma part, je retiendrai sans aucun doute la force mentale de Pierre MAUDET. De même, cette employée de banque, accablée pendant quatorze ans par l'instruction interminable du MPC contre Credit Suisse, puis décédée d'un nième cancer avant même la réception du jugement motivé de première instance. Enfin, dans l'affaire Karimova, la volonté du MPC de révoquer mon mandat d'office au motif que le procureur général ouzbek avait décidé de m'interdire d'entrée sur le territoire jusqu'en décembre 2024. Heureusement, le Tribunal pénal fédéral a annulé la décision du MPC et m'a confirmé de façon très nette dans mon mandat. Mais j'ai trouvé particulièrement déplacé, de la part du MPC, d'attenter ne serait-ce qu'indirectement à la défense (déjà extrêmement compliquée) de ma cliente, en prenant appui de façon circonstancielle et complaisante sur l'arbitraire de l'État ouzbek.

Si vous n'aviez pas choisi la voie de l'avocature, quel métier pratiqueriez-vous aujourd'hui ?

Chef d'orchestre.

Pourquoi ?

Pour essayer de faire naître des émotions et une vérité à partir d'une mise en mouvement collective. Pour le

travail que cela demande avant que tout soit enfin en place et présentable. Et pour le caractère unique du résultat obtenu. Dans la plupart des dossiers de droit pénal économique que notre équipe a la chance de traiter, il y a un peu de cela : une mise en mouvement d'une équipe au service d'un client, ainsi que le travail extrême et la recherche de l'excellence. Quant aux émotions, elles sont souvent très fortes, même si elles sont moins « esthétiques » que celles à l'œuvre dans une salle de concert.

[R]endre un jugement de 50, 100 voire 200 pages quatre jours après la fin des plaidoiries, ce n'est pas la meilleure des démonstrations d'une justice ouverte au contradictoire et respectueuse du travail de l'avocat (...).

Pour conclure, y a-t-il un souvenir marquant ou une anecdote sur vos années passées à l'Université de Fribourg que vous souhaiteriez partager avec nos lecteurs et lectrices ?

J'y ai vécu des moments vraiment fabuleux ! Je pourrais citer le stress total du dernier grand oral de mon parcours universitaire, l'oral du Code des obligations. L'horaire avait changé mais je n'avais pas reçu l'information. Au lieu de me présenter le matin, selon l'horaire modifié, j'arrive en début d'après-midi à Miséricorde, selon l'horaire initial. Si j'avais été là le matin, j'aurais eu le professeur Pierre TERCIER. L'après-midi, c'était le professeur Franz WERRO qui faisait passer les oraux et qui a accepté de me réintégrer dans la liste des candidats. Mon oral s'est très bien passé et le professeur WERRO m'a ensuite proposé d'accomplir un stage à San Francisco, dans la même étude d'avocats que celle où il avait travaillé douze ans plus tôt.

Next deadline :
March 17th 2024



Publish. Stand Out.

Publish your legal article in QUID? FRIBOURG LAW REVIEW and become part of Switzerland's first student law review

YOU

- are a student at the University of Fribourg (incl. LL.M./Erasmus)
- have written a paper, incl. a (pro)seminar or master thesis, on a legal topic in DE, FR, IT, EN (or you are planning to do so)
- want to publish and show your commitment

WE

- are the QUID? FRIBOURG LAW REVIEW
- publish under the auspices of Fribourg Law Professors
- are officially referenced by the Swiss National Library and Swisslex
- cooperate with several Swiss Law Firms

LEARN MORE <https://student.unifr.ch/quid>
CONTACT US fribourglawreview@unifr.ch

LEADING CASES



LawInside.

Die Rubrik 'Leading Cases', verfasst von unserem Partner LawInside, bietet eine Darstellung über die wichtigsten Urteile der jüngsten Schweizer Rechtsprechung.

Un arrêt détaillé

L'interruption de la prescription par le dépôt d'une action dans la mauvaise monnaie

TF, 08.11.2022, 4A_298/2021*

L'introduction d'une demande en paiement qui contient des conclusions dans la mauvaise monnaie interrompt le délai de prescription de la demande dans la monnaie exacte.

Faits

En 2006, une patiente domiciliée en France est opérée à Genève. Après l'opération, elle dépose une plainte pénale pour lésions corporelles graves par négligence à l'encontre du chirurgien et de l'anesthésiste qui l'ont opérée. La plainte est classée en 2009.

En juin 2015, la patiente ouvre une première demande en paiement contre les deux médecins et l'hôpital. Ses conclusions sont chiffrées en francs suisses. Le Tribunal de première instance de Genève estime que la patiente aurait dû chiffrer ses conclusions en euros car elle réside en France et que c'est donc en France que le dommage est survenu. Aussi, considérant qu'elle n'est pas titulaire d'une prétention en francs suisse, il rejette son action. Sur appel de la patiente, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève confirme ce jugement dans un arrêt de novembre 2017.

En mars 2018, la patiente introduit une seconde demande en paiement contre les mêmes défendeurs, cette fois-ci en euros. Après avoir limité la procédure à la prescription et l'autorité de chose jugée, le Tribunal de première instance déclare l'action recevable mais la rejette. Sur appel de la patiente, la Cour de Justice du canton de Genève confirme ce jugement. Pour les autorités judiciaires genevoises, l'introduction en 2015 de la première demande en francs suisses n'a

pas interrompu le délai de prescription de la créance libellée en euros. Cette dernière est ainsi prescrite puisque le délai de dix ans est échu sans avoir été interrompu.

La patiente recourt en matière civile au Tribunal fédéral. Ce dernier est amené à déterminer si l'introduction de la demande en francs suisse en 2015 a interrompu la prescription affectant la prétention en euros de la patiente.

Droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler sa jurisprudence relative à la monnaie des conclusions. Dans l'ATF 134 III 151, il a jugé, en se fondant sur l'art. 84 al. 1 CO, que le créancier demandeur titulaire d'une créance due contractuellement en euros, doit prendre des conclusions en euros. Dans l'ATF 137 III 158, il a étendu cette jurisprudence à toutes les prétentions en dommages-intérêts, qu'elles soient contractuelles ou extracontractuelles. Pour ces dernières, les conclusions doivent être libellées dans la monnaie de l'État où la diminution du patrimoine se produit.

Aussi, le Tribunal fédéral rappelle que les conclusions prises dans la mauvaise monnaie doivent être rejetées. Cela étant dit, le créancier a la possibilité d'introduire une nouvelle action en monnaie étrangère. En effet, au regard de l'exception de l'autorité de la chose jugée (matérielle Rechtskraft ; art. 59 al. 2 let. e CPC), l'objet de la nouvelle action, libellée en monnaie étrangère, n'est pas identique à celui qui a fait l'objet du premier jugement, exprimé en francs suisses.

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur la question centrale de l'arrêt : est-ce qu'en application de l'art. 135 ch. 2 CO, une action introduite dans la mauvaise monnaie interrompt le cours de la prescription d'une seconde action, formulée dans la monnaie correcte ?

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord que la prescription poursuit des intérêts publics, à savoir la sécurité et la clarté du droit, ainsi que la paix

que ferait naître la crainte de se voir réclamer des créances anciennes et lui évite de devoir conserver indéfiniment des preuves de paiement. Elle a en outre un effet secondaire positif, propre à assainir les relations juridiques : elle incite le créancier à faire valoir ses droits dans un délai raisonnable et à ne pas faire traîner en longueur les litiges.

Le créancier peut toutefois interrompre la prescription (art. 135 ch. 2 CO). Il doit individualiser sa créance pour accomplir une interruption valide. En matière de réquisition de poursuite, il doit énoncer le montant de la créance ainsi que la cause de l'obligation s'il ne dispose d'aucun titre qui la documente (art. 67 al. 1 ch. 3 et 4 LP). Lors d'une requête en conciliation, le créancier doit indiquer le montant réclamé dans les conclusions et leurs fondements. Par ailleurs, le débiteur doit être suffisamment désigné pour qu'il comprenne que le créancier entend le rechercher.

Le Tribunal fédéral rappelle que, selon une jurisprudence rendue en matière d'interruption de la prescription par une requête de conciliation, la désignation inexacte d'une partie peut être rectifiée lorsqu'il n'existe dans l'esprit du tribunal et des parties aucun doute raisonnable sur l'identité de la partie, notamment lorsque l'identité résulte de l'objet du litige (ATF 142 III 782, c. 3.2.1).

Dans la droite ligne de cette jurisprudence et du principe de la confiance sur lequel elle repose, le Tribunal fédéral considère qu'il y a lieu d'admettre que le créancier qui a adressé, en temps utile, à une autorité de conciliation une première action libellée en francs suisses, pour une créance qui était due en monnaie étrangère, a valablement interrompu le délai de prescription, puisqu'il a ainsi bien fait connaître à une autorité son intention d'obtenir le paiement de sa créance et que son débiteur a bien compris cette intention, ou aurait dû la comprendre selon le principe de la confiance. La créance est suffisamment individualisée par son fondement et le Tribunal fédéral considère que les montants en francs suisses et en euros ne sont en fait que les deux faces d'une même pièce.

Partant, le Tribunal fédéral admet le recours et réforme le jugement cantonal pour rejeter l'exception de prescription soulevée par les défendeurs. La cause est renvoyée à l'instance inférieure pour le reste.

Note

Le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral nous paraît satisfaisant. La prescription représente notamment un reproche adressé à la créancière de se désintéresser de sa créance. Or en l'espèce, quand bien même elle s'est formellement trompée dans la formulation de ses conclusions prise en francs suisses, la patiente a toujours pris le soin de présenter ses prétentions judiciaires en temps utile. À compter de 2015 au moins, les débiteurs recherchés connaissaient les intentions de la créancière et ne sauraient donc lui reprocher de les avoir maintenus dans l'incertitude.

Cette solution est notamment dictée par le principe de la confiance, lequel invite le tribunal à tenir compte de l'apparence créée par les parties. Ce qui produit un effet juridique, ce n'est pas l'absence d'un acte juridique en tant que telle – ici l'absence de l'ouverture d'une action chiffrée en euros en temps utile – mais l'apparence de l'existence d'un tel acte juridique – ici l'apparence de l'existence d'un acte interruptif de prescription en 2015. Cette apparence s'impose aux parties de bonne foi (art. 2 al. 1 CC) selon le principe de la confiance (sur ce thème, voir en particulier Pascal PICHONNAZ, *Le centenaire du code des obligations – Un code toujours plus hors du code*, RDS 2011 II 117, 145 ss). Le principe de la confiance peut permettre au tribunal de dégager une solution équitable, qui s'affranchit de certains mécanismes du droit privé dont une application stricte mènerait à un résultat insatisfaisant.

Ici, le résultat auquel parvient le Tribunal fédéral suppose de faire une distinction nette entre des considérations procédurales découlant de l'art. 59 al. 2 let. e CPC et des considérations matérielles propres à l'art. 135 CO. Il est vrai qu'avec cet arrêt, le Tribunal fédéral affirme deux choses quelque peu contradictoires :

1. Premièrement, il rappelle que la seconde prétention (en euros) est une prétention différente de la première (en francs suisses). Aussi, l'arrêt rendu par la Cour de justice de Genève en novembre 2017 aux termes duquel la prétention en francs suisses a été rejetée n'a pas empêché l'introduction d'une seconde procédure en euros en 2018. En effet, la première procédure en francs suisses n'entraîne pas d'autorité de la chose jugée (matérielle Rechtskraft ; art. 59 al. 2 let. e CPC) s'agissant de la seconde procédure en euros.
2. Secondement, bien que ces deux prétentions soient d'un point de vue procédural différentes, le Tribunal fédéral estime que les montants en francs suisses et en euros ne sont que les deux faces d'une même pièce. Partant, l'introduction de la première prétention (en francs suisses) emporte interruption de la prescription pour la seconde, même si procéduralement parlant, ces deux prétentions sont distinctes.

C'est notamment en raison de cette contradiction que deux juges (KISS [PLR] et MAY CANELLAS [Centre]) n'ont pas suivi l'avis de la majorité (composée de HOHL [PLR ; Présidente de la composition], NIQUILLE [Centre] et RÜEDI [UDC]). En audience publique, les deux juges minoritaires ont notamment relevé qu'à leur sens, la majorité cherchait dans le cas d'espèce à atténuer les effets insatisfaisants de l'ATF 137 III 158 – une jurisprudence que les cinq juges ont toutes et tous semblé regretter lors de l'audience publique – et que somme toute, il aurait été plus sage de chercher à modifier la solution retenue dans l'ATF 137 III 158 plutôt que de rendre une décision entraînant certaines incohérences entre les effets de l'art. 59 al. 2 let. e CPC et de l'art. 135 ch. 2 CO.

La solution retenue par le Tribunal fédéral dans son ATF 137 III 158 est en effet critiquable. Dans la mesure où l'art. 43 al. 1 CO autorise le tribunal à établir le mode de la réparation, il nous semble en effet excessif de purement rejeter une prétention formulée en francs suisses pour un dommage s'étant matérialisé dans la zone euro. Dans pareil cas, sur la base de l'art. 43 al. 1 CO, un tribunal pourrait sans autre décider d'allouer des euros en lieu et place des francs suisses demandés (cf. ég. Alfred KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 4e éd., 2017, N 41.39). Il nous semble qu'une telle solution serait en ligne avec le principe de la confiance dont s'est prévalu le Tribunal fédéral dans l'arrêt que nous commentons ici.

En fin d'audience, la Présidente HOHL a toutefois rappelé que, vu le jeune âge de l'ATF 137 III 158, il lui semblait peu probable que le Tribunal fédéral le réformerait dans les années à venir.

Arnaud NUSSBAUMER-LAGHZAOU, *L'interruption de la prescription par le dépôt d'une action dans la mauvaise monnaie*, in : www.lawinside.ch/1311/

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

Droit des sociétés, TF, 30.05.2023, 4A_465/2022 ; 4A_467/2022*

SIMONE SCHÜRCH, **Qualité pour agir du créancier cessionnaire admis provisoirement à l'état de collocation et relation entre action en restitution et action en responsabilité**

Un créancier dont la créance a été admise provisoirement à l'état de collocation peut se voir céder des prétentions de la masse en faillite et agir dans une procédure en cette qualité. La cession doit alors être assortie d'une condition résolutoire pour le cas où la créance est définitivement écartée de l'état de collocation.

L'action en restitution (art. 678 CO) et l'action en responsabilité (art. 754 ss CO) sont en relation de concurrence (*Ansprachkonkurrenz*). Lorsque plusieurs personnes sont responsables à ce titre, elles répondent selon les règles de la solidarité imparfaite (art. 51 al. 2 CO).

Droit pénal, ATF 149 IV 170

EMILIE JACOT-GUILLARMOD, **Propos négationnistes de Dieudonné à Nyon : Condamnation confirmée**

En interprétant lors d'un spectacle le rôle du passager d'un avion qui, croyant l'avion proche de s'écraser, s'exclame "J'emmerde tout le monde, les chambres à gaz n'ont jamais existé", l'humoriste Dieudonné s'est rendu coupable de discrimination raciale. Le droit à la liberté d'expression (art. 10 CEDH) ne protège pas des propos qui, sous le couvert de la satire, visent à minimiser les crimes nazis et tourner en dérision la souffrance des victimes de l'Holocauste.

Droit public, TF, 31.03.2023, 1C_393/2022**MARGAUX COLLAUD, L'invalidation de l'initiative fribourgeoise pour la gratuité des transports publics**

Une initiative prévoyant la gratuité des transports publics est contraire à l'art. 81a al. 2 Cst. Il n'est pas possible d'interpréter cette initiative de façon conforme au droit supérieur, ni d'éviter une invalidation en se fondant sur le principe constitutionnel de durabilité (art. 73 Cst.).

Droit civil, TF, 11.05.2023, 5A_961/2022***VICTOR SELLIER, L'attribution du solde de liquidation d'une succession répudiée**

Les ayants droit au sens de l'art. 573 al. 2 CC comprennent tant les héritiers institués que légaux. S'il subsiste un reliquat à la succession liquidée selon les règles de la faillite à la suite de la répudiation de la succession par l'ensemble des héritiers tant institués que légaux, le solde de la succession doit être réparti entre les héritiers selon les règles de succession légale, le cas échéant conformément aux dispositions pour cause de mort.

Procédure pénale, TF, 10.07.2023, 6B_1298/2022***ARNAUD LAMBELET, La récolte de preuves entre autorités pénales : l'entraide judiciaire prime le séquestre**

L'autorité pénale qui dispose de l'entraide judiciaire pour obtenir des pièces en mains d'une autre autorité ne peut utiliser des mesures de contraintes procédurales comme le séquestre afin d'obtenir les documents, même en cas de risque de destruction des preuves. Les preuves obtenues sans passer par l'entraide judiciaire ne sont dès lors pas exploitables, à moins que leur exploitation ne soit indispensable pour élucider des infractions graves (art. 141 al. 2 CPP).

Droit civil, TF, 06.04.23, 5A_689/2022***MARIE-HELENE PETER-SPIESS, Les travaux couverts par l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs**

L'élargissement du champ d'application de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC (hypothèque légale des artisans et entrepreneurs) suite à la révision du CC entrée en vigueur en 2012 est à interpréter de manière restrictive,

contrairement à ce qui prévalait dans l'*obiter dictum* de ATF 136 III 6, c. 6. Le législateur a souhaité étendre la couverture de manière ponctuelle à certains types de travaux qui, sans être intégrés à l'ouvrage global en tant que tel, participent au processus global de construction et sont indispensables à celui-ci. En ce qui concerne le simple transport de matériaux, celui-ci ne bénéficie pas de l'hypothèque, sauf si les matériaux forment une unité avec d'autres travaux qui, eux, donnent lieu à l'hypothèque.

Droit public, TF, 08.09.2023, 2C_694/2021***CAMILLE DE SALIS, Le principe de la légalité et les prestations en espèces en tant que mesures disciplinaires visant des étudiant-es**

Une mesure disciplinaire qui prévoit des prestations en espèces allant jusqu'à CHF 4'000.- ne saurait être qualifiée de légère lorsqu'elle vise des étudiant-es, a fortiori lorsqu'une exclusion allant jusqu'à six semestres peut être prononcée en cas de non-paiement. Elle doit donc figurer dans une loi au sens formel et être édictée par l'organe compétent (art. 5 al. 1 Cst. cum art. 38 Cst./ZH).

Procédure civile, TF, 02.06.2023, 4A_581/2022***ARNAUD LAMBELET, La compétence matérielle du tribunal de commerce en cas de défendeur non-inscrit au registre du commerce**

Un demandeur principal inscrit au registre du commerce ne peut actionner un défendeur non-inscrit devant le tribunal de commerce (art. 6 al. 2 et 3 CPC). Dans une telle constellation, lorsque le défendeur dépose une demande reconventionnelle, le tribunal de commerce a la compétence de la traiter. La recevabilité de la demande reconventionnelle ne guérit en revanche pas le défaut de compétence matérielle de la demande principale.



Vie universitaire

Chères étudiantes, chers étudiants,

Par ces quelques lignes, la Fachschaft Jus souhaite vous faire un retour sur l'activité tenue au cours du dernier semestre, tant du point de vue de la politique universitaire que de l'événementiel. Nous nous réjouissons par avance du prochain semestre qui s'annonce déjà bien rempli, alors un conseil : soyez à l'affût !

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

Unser Jahr begann mit den GettingStarted. Unsere Fachschaft hatte die Gelegenheit, unsere neuen Studierenden zu begrüßen und ihnen den Campus zu zeigen.

Puis, le jour suivant, nous avons eu le plaisir de partager le stand de la Faculté de droit durant la journée Explora. Cette belle journée nous a permis de présenter nos études aux différent-e-s intéressé-e-s sous la forme d'un petit quiz.

Notre traditionnelle Bourse aux livres a été un immense succès cette année. Vous avez réussi à remplir le Hall d'honneur. C'est un immense plaisir de vous voir de plus en plus nombreux-ses chaque année. Le lendemain de la Bourse au livre se tenait, comme chaque année au début du semestre d'automne, notre Programme de coaching. Nous avons été heureux-ses de pouvoir compter sur tant de coach-e-s pour aider les étudiant-e-s de première année à démarrer leur parcours académique.

In der darauffolgenden Woche trafen wir uns zu unserer jährlichen Generalversammlung. Wir wählten den neuen Vorstand, blickten auf die vergangenen Ereignisse zurück und stellten unsere zukünftigen Projekte vor. Auch hier waren wieder viele von euch anwesend und wir danken euch für euer Interesse an unserer Arbeit.

Zu Beginn des Jahres ist es in der Universitätspolitik relativ ruhig. Der Fokus liegt vor allem auf dem neuen Master. Im Rahmen der Umsetzung der Reform wurden verschiedene Kommissionen gebildet, in denen auch die Fachschaft ihre Vertreter hat.

Im Bereich der Veranstaltungen fand zunächst unsere traditionelle Karaoke-Veranstaltung in Zusammenarbeit mit ELSA Fribourg statt. Danach folgte unser Konferenz: Was ist eigentlich ein Strafverfahren? Unsere drei Referenten, eine

Staatsanwältin, ein Anwalt und ein Polizist, erklärten und demonstrierten uns anhand eines fiktiven Falles, wie ein Strafverfahren abläuft. Anschliessend haben wir in Zusammenarbeit mit CESES unser Bowling/Lasergame neu organisiert. Demnächst folgen unsere Grand Débat zur Frage der Neutralität der Schweiz im Jahr 2023, bei der wir auf zahlreiche Teilnehmer hoffen, sowie unsere jährliche Fachschaftsreise.

Ce début de semestre aura été court, mais intense. La mise en place de nos événements serait naturellement impossible sans votre participation, et nous vous en remercions. Votre enthousiasme nous motive à poursuivre l'organisation de ces événements et bien d'autres encore. Bleibt also aufmerksam, denn wir werden euch in Kürze über unsere zukünftigen Veranstaltungen informieren!



QUID?
Fribourg
Law Review



<https://student.unifr.ch/quid>

