

QUID?

Fribourg Law Review

ARTICLES

Le pourboire
Cyrus Duchosal

Erziehungsgedanke vs. Rechtsstaatlichkeitsprinzipien im Jugendrichter:innenmodell
Nicole Schmid

Le consentement dans le cadre de la LPMA
Joaquim Samuel Eversham

The Aftermath of Achmea: A Broader Impact on International Dispute Resolution?
Sude Kinik

Financer une société grâce aux marchés boursiers : risques et opportunités
Yannick Lambiel

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit LawInside



Editors	Nadia Masson, Luca Vahabzadeh, Nicolas Bensahel, David Berset, Aurélien Clivaz, Leonardo Gomez Mariaca, Timothée Pellouchoud, Esther Philippe, Lynn Tomisawa, Stefanie Zlauwinen
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	Esther Philippe Lynn Tomisawa Luca Vahabzadeh

EDITORIAL

4

ARTICLES

Le pourboire

Cyrus Duchosal

6

Erziehungsgedanke vs. Rechtsstaatlichkeitsprinzipien im Jugendrichter:innenmodell

Nicole Schmid

10

Le consentement dans le cadre de la LPMA

Joaquim Samuel Eversham

15

The Aftermath of Achmea: A Broader Impact on International Dispute Resolution?

Sude Kinik

20

PHD CANDIDATE

Financer une société grâce aux marchés boursiers : risques et opportunités

Yannick Lambiel

25

CAREER SPOTLIGHT

10 Jähriges Jubiläum: Interview mit LawInside

31

Cher lectorat,

Le droit ne se résume pas à l'étude des textes : il se façonne, se questionne, se discute. C'est dans cette dynamique que s'inscrit la revue QUID? – Fribourg Law Review, entièrement dédiée aux travaux des étudiants en droit. Ici, la plume universitaire devient un outil d'analyse, de réflexion critique et parfois même d'audace intellectuelle. En publiant ces écrits, nous faisons le pari que les juristes en formation ont déjà beaucoup à dire sur les mutations du droit.

Cette revue est un espace d'expression rigoureux mais ouvert, où se croisent les regards disciplinaires et les sensibilités. Elle témoigne de l'engagement des étudiants à comprendre et faire vivre le droit, dans ses nuances autant que dans ses tensions. Leur parole n'est pas celle d'un monde juridique achevé, mais d'un droit en devenir — et c'est précisément ce qui en fait toute la richesse.

Aussi, nous sommes très heureux de présenter dans ce 23e numéro de QUID? – Fribourg Law Review cinq contributions.

Cyrus DUCHOSAL propose une analyse approfondie du régime juridique du pourboire, en examinant son statut au regard de l'obligation de restitution du travailleur, ainsi que son traitement en droit des assurances sociales et en droit fiscal. L'article se conclut par une critique du cadre légal actuel et une réflexion sur les réformes envisageables.

Nicole SCHMID se penche sur la figure singulière du juge des mineurs, en particulier sur le cumul des fonctions d'autorité d'instruction et de jugement. Ce cumul soulève d'importantes interrogations au regard des principes d'indépendance et d'impartialité judiciaire. Faut-il privilégier les exigences de l'État de droit ou les objectifs éducatifs du droit pénal des mineurs ? L'auteure éclaire cette tension.

La PMA repose sur un principe central : le consentement libre et éclairé des personnes concernées. À travers une analyse précise de la LPMA, Joaquim Samuel EVERS HAM met en lumière les enjeux juridiques liés à l'autonomie, à la filiation et à l'égalité, dans un cadre légal encore marqué par certaines exclusions. Une réflexion actuelle sur un droit en mutation.

En déclarant l'arbitrage d'investissement intra-UE incompatible avec le droit de l'Union, l'arrêt République slovaque c. Achmea B.V. marque un tournant. Loin de se limiter aux traités bilatéraux d'investissement, sa logique fondée sur l'exclusivité juridictionnelle de la CJUE pourrait affecter d'autres modes de règlement international des différends. Sude KINIK explore les implications systémiques de cette décision, de son impact sur le droit international à ses conséquences pour l'arbitrage commercial hors du champ de l'investissement.

Enfin, Yannick LAMBIEL nous livre une analyse des risques et opportunités liés au financement d'une société grâce aux marchés boursiers. Sa contribution examine les conditions de la levée de capitaux sur les marchés boursiers et les éléments financiers et juridiques à prendre en considération entre le financement par émission de titres de participation ou par emprunts obligataires.

Dix ans après sa création par trois étudiants de l'Université de Fribourg, LawInside s'est imposé comme une référence en matière de résumé et d'analyse de la jurisprudence. À l'occasion de cet anniversaire, ses fondateurs et une éditrice reviennent sur leur parcours, la genèse du projet et leur regard sur l'avenir du droit en Suisse.

La réalisation de cette revue ne serait pas possible sans le soutien de nombreuses personnes et institutions. Nous remercions sincèrement nos Faculty Advisors, la professeure Isabelle Chabloz et le professeur Basile Cardinaux, dont les précieux conseils nous sont indispensables. Nous exprimons également notre plus profonde gratitude à nos partenaires et sponsors, en particulier l'AGEF, l'Insitut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation Helmut M. Merlin et la Fondation Peter Jäggi-Gedächtnisstiftung, dont la confiance et les contributions permettent la publication de cette revue.

Ainsi, nous espérons que cette 23e édition de LA QUID? FRIBOURG LAW REVIEW saura éveiller votre curiosité et nourrir votre réflexion. N'hésitez pas à nous faire part de vos retours et impressions.

Bonne lecture !

Le comité éditorial

Werte Leserinnen, wert Leser,

Zu Beginn des neuen Semesters freuen wir uns, Ihnen die 23. Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW präsentieren zu dürfen. Seit mehr als zehn Jahren ermöglicht diese Zeitschrift den Studierenden der Rechtsfakultät der Universität Fribourg, ihre Überlegungen und Analysen zu aktuellen rechtlichen Themen zu veröffentlichen. Die vorliegende Ausgabe ist dem grossen Engagement der Autoren und Autorinnen sowie der wertvollen Unterstützung des Redaktionsteams zu verdanken. Wir hoffen, Sie durch die Vielfältigkeit der Themenwahl, deren Aktualität sowie der Sprachvarietät der Beiträge überzeugen zu können.

In dieser Ausgabe befasst sich Cyrus DUCHOSAL mit der arbeitsrechtlichen, sozialversicherungsrechtlichen sowie steuerrechtlichen Einordnung des Trinkgeldes. In Bezug auf das Arbeitsrecht geht er der Frage nach, ob eine Herausgabepflicht zugunsten der Arbeitgeberin besteht. Im Hinblick auf das Sozialversicherungs- und Steuerrecht nimmt er insbesondere auf die Motion von Vincent Maitre „Keine Versteuerung von Trinkgeldern“ 24.4202 Bezug, die das Trinkgeld von Beiträgen und Steuern befreien will.

Nicole SCHMID analysiert das Jugendrichter:innenmodell und dessen Erziehungsgedanke in Anbetracht der Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit. Insbesondere geht sie dabei auf die mögliche Problematik der Ämterkumulation des:der Jugendrichters:Jugendrichterin in Bezug auf die Pflicht zur Gewährleistung eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts ein. Sie geht hierbei insbesondere der Frage nach, welchem Prinzip den Vorrang gegeben werden sollte.

Anschliessend widmet sich Joaquim Samuel EVERS HAM dem Fortpflanzungsverfahren, welches vorab zwingend eine Einwilligung hinsichtlich der Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung vorsieht. Einer Einwilligung bedarf es deshalb, um die Persönlichkeitsrechte der betreffenden Person/en zu wahren. Er erläutert die Voraussetzungen einer gültigen Einwilligung und führt aus, welche rechtlichen Folgen das Fehlen einer gültigen Zustimmung, ein Widerruf der Zustimmung oder der Tod des Patienten haben kann. Ausserdem beleuchtet er die bestehenden Ungleichheiten aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung beim Zugang zum Fortpflanzungsverfahren.

Im Bereich des europäischen Rechts analysiert Sude KINIK das „Achmea“-Urteil (Slowakische Republik gegen Achmea B. V) und dessen Auswirkungen auf die internationale Streitbeilegung jenseits der Investitionsschiedsgerichtbarkeit. Dabei geht sie insbesondere der Frage nach, ob eine Problematik besteht, wenn sich die Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts mit derjenigen des EuGH überschneidet.

Abschliessend stellt uns Yannik LAMBIEL in der Rubrik PhD Candidate seine Doktorarbeit am Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht unter der Leitung von Prof. Isabelle Chabloz vor. Seine Arbeit befasst sich mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Unternehmensfinanzierung mittels der Börse. Dabei beleuchtet er die Chancen und Risiken verschiedener Finanzierungsformen sowie die damit verbundenen regulatorischen Anforderungen und steuerlichen Aspekte.

Anlässlich des 10-jährigen Jubiläums hatten wir ausserdem die Ehre, mit den Gründern von Lawinside zu sprechen. Aus einer studentischen Initiative hervorgegangen, hat sich Lawinside zu einer etablierten Plattform für rechtswissenschaftliche Urteilscommentierung in der Westschweiz entwickelt. In unserem Interview unter der Rubrik Career Spotlight gewähren die Gründer, alle einst Jus-Studierende der Universität Freiburg, Einblicke in ihre beruflichen Werdegänge, ihre Perspektive in Bezug auf den Rechtsberuf hinsichtlich des digitalen Wandels und ihren Anspruch, juristisches Wissen zugänglich zu machen.

Diese Zeitschrift wäre ohne die unermüdliche Unterstützung vieler Personen und Institutionen nicht möglich. Unser aufrichtiger Dank gilt unseren Faculty Advisors, Professorin Isabelle Chabloz und Professor Basile Cardinaux, deren wertvolle Ratschläge für uns unverzichtbar sind. Wir sprechen unsere tiefste Dankbarkeit auch gegenüber unseren Partnern und Sponsoren aus, insbesondere der AGEF, dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, der Helmuth M. Merlin Stiftung und der Peter Jäggi-Gedächtnisstiftung, deren Vertrauen und Beiträge die Veröffentlichung dieser Zeitschrift ermöglichen.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zur 23. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

Le pourboire

Cyrus Duchosal (étudiant en Master de droit à l'Université de Fribourg)

Das Trinkgeld ist Teil des Lohns des Arbeitnehmers und kann dem Arbeitgeber nicht auf der Grundlage von Art. 321b OR zurückerstattet werden. Es ist nur dann sozialabgaben- und steuerpflichtig, wenn es einen wesentlichen Teil des Lohns ausmacht und wirtschaftlich mit der Ausübung der Arbeit verbunden ist. Diese Regelung ist jedoch unklar und wird in der Praxis kaum angewandt. Daher soll das BSV kürzlich eine Klarstellung in Erwägung gezogen haben, um das Trinkgeld systematischer bei der Berechnung von Beiträgen und Steuern zu berücksichtigen. Dies war der Grund für die parlamentarische Motion 24.4202, in der vorgeschlagen wurde, das Trinkgeld von Beiträgen und Steuern zu befreien, insbesondere um den Zweck eines Trinkgelds zu respektieren und das Nettoeinkommen der betroffenen Arbeitnehmer nicht zu schmälern. Der Bundesrat schlug vor, diesen Antrag abzulehnen, insbesondere wegen der damit einhergehenden Verringerung des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer. Der Verfasser ist der Ansicht, dass die Regelung nicht unbedingt geändert werden muss, da sie dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber eine gewisse Freiheit lässt, die sich vorrangig über die Behandlung des Trinkgelds aussprechen sollten.

nous intéresserons ensuite au traitement du pourboire en droit des assurances sociales (*infra* II/A) et en droit fiscal (*infra* II/B). Nous concluons par une critique du régime actuel.

I. Obligation de restitution

Le pourboire est une somme que l'employé reçoit pour son propre compte⁴. Il fait partie du salaire du travailleur, et celui-ci en est le propriétaire⁵. Ainsi, l'obligation de restitution de l'art. 321b CO ne s'y applique pas⁶. Un pourboire ne peut être remis à l'employeur sur la base de l'art. 321b CO⁷.

C'est pourquoi la réglementation du sort des pourboires devrait être – et est en principe – entièrement sujette à la liberté contractuelle des parties⁸. L'employé peut être tenu de le partager avec ses collègues⁹, d'en remettre une partie à son employeur, ou à défaut il peut le garder pour son compte¹⁰.

Lorsque le pourboire est destiné non pas à un travailleur particulier mais à l'ensemble du personnel¹¹, l'employeur peut ordonner à ses salariés de le remettre à un fonds du personnel¹² pour des raisons d'équité¹³. Ceci permet de surcroît de ne pas créer de concurrence entre les employés¹⁴. Le TF a par ailleurs confirmé que l'employé qui reçoit un pourboire destiné à l'ensemble

Introduction

Le pourboire, bien qu'il soit, comme le salaire, lié à l'exercice par le travailleur de son activité professionnelle, est une gratification accordée par un tiers¹ en guise de remerciement pour une prestation de service de qualité². Juridiquement, le pourboire peut être défini comme la « somme d'argent versée, non par l'employeur lui-même, mais par le tiers avec lequel le salarié est entré en relation à l'occasion de ses fonctions »³.

Dans cet article, nous traiterons tout d'abord de l'obligation de restitution du travailleur au sens de l'art. 321b CO en lien avec le pourboire (*infra* I). Nous

⁴ WITZIG, (n. 1), N 1412.

⁵ BRUNNER ET AL., Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3^e éd., Bâle 2005, p. 61.

⁶ Message du 25 août 1967 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail), FF 1967 II 249, p. 311 ; arrêt 4A_613/2010 du 25 janvier 2011 c. 4.2.

⁷ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Berne 2019, p. 84.

⁸ D. HÄNNI, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique – La prévention de la corruption en droit administratif, Zurich 2020, N 420.

⁹ J. PECTOR-LALLEMAND, Pourboire – Une sociologie de la restauration, Montréal 2022, p. 101 ss.

¹⁰ A. WITZIG, art. 321b CO, in : L. Thévenoz/F. Werro (édit.), Code des obligations I – Art.1-529 CO, Commentaire romand, 3^e éd., Bâle 2021, art. 321b CO N 2.

¹¹ R. WYLER/B. HEINZER/A. WITZIG, Droit du travail, 5^e éd., Berne 2024, p. 121.

¹² Arrêt 4A_613/2010 du 25 janvier 2011 c. 4.2 et 5.

¹³ S. ETEMI, Le pouvoir de direction de l'employeur – Concept, étendue et limites, Berne 2022, p. 301.

¹⁴ PECTOR-LALLEMAND, (n. 9), p. 101 ss.

¹ A. WITZIG, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 1412.

² O. SUBILIA/J.-L. DUC, Droit du travail : Eléments de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010, art. 322 N 20.

³ J. PÉLISSIER/G. AUZERO/E. DOCKÈS, Droit du travail, 27^e éd., Paris 2013, p. 912.

du personnel doit le reverser à ce fonds, sous peine de commettre un abus de confiance au sens de l'art. 138 CP¹⁵.

Lorsque la valeur d'une libéralité excède ce qui est usuel, elle entre dans le champ d'application de l'obligation de restitution de l'art. 321b CO, car il faut considérer qu'elle est destinée à l'employeur¹⁶. Nous préconisons de ne pas fixer une limite rigide à la notion de pourboire usuel, étant donné que ce qui est « usuel » peut facilement varier en fonction de la prestation et du contexte¹⁷. Il convient de noter qu'une convention collective de travail ou un contrat-type peuvent définir la notion de « pourboire usuel »¹⁸.

II. Traitement du pourboire en droit public

A. En droit des assurances sociales

Le pourboire est compris dans le salaire déterminant au sens des assurances sociales et donc soumis aux cotisations, mais uniquement s'il représente une part importante du salaire, selon les art. 5 al. 2 LAVS *in fine* et 7 let. e RAVS¹⁹. Même pour un travailleur dépendant, le salaire déterminant peut provenir d'un tiers²⁰; ce qui importe, c'est que le pourboire constitue une conséquence directe de l'activité du salarié et qu'il soit économiquement lié à l'exercice du travail²¹.

Selon le TF, le pourboire est un salaire déterminant, peu importe que les rapports de travail soient maintenus ou aient été résiliés, ou que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole²². Le pourboire doit en outre être vérifiable quant à son

montant et sa régularité et avoir été déclaré par l'employeur²³. De surcroît, la considération du pourboire comme salaire déterminant doit faire l'objet d'un accord entre le salarié et son employeur²⁴.

Concernant la notion d'« élément important de la rémunération du travail » mentionnée à l'art. 5 al. 2 LAVS, la loi ne définit pas de seuil concret. En revanche, les directives de l'OFAS sur le salaire déterminant indiquent que, dans les secteurs où la fédération nationale compétente a supprimé les pourboires – comme c'est le cas dans la restauration, la coiffure ou les instituts cosmétiques –, la caisse de compensation peut présumer que seuls des pourboires insignifiants sont versés²⁵. Étant donné que cette règle vise une présomption de fait réfragable, ces directives réservent les situations concrètes manifestement contraires²⁶. En outre, les pourboires versés dans les salons et instituts non affiliés à une association faîtière seront estimés au cas par cas par la caisse de compensation, après entente avec l'employeur²⁷. Par ailleurs, les pourboires encaissés par des salariés du secteur des transports sont en règle générale compris dans le salaire déterminant uniquement s'ils sont soumis aux primes de l'assurance-accidents obligatoire (art. 15 al. 3 RAVS), ce qui est établi par la CNA²⁸.

L'OFAS ajoute à cela, à titre indicatif, un seuil de matérialité du pourboire de 10%²⁹. Nous précisons ici que l'OFAS en a informé par écrit les auteurs STEINER et GEISER à la suite d'une demande concrète de leur part. Cela signifie qu'un pourboire devient déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS dès qu'il constitue plus de 10% du revenu brut annuel d'un travailleur³⁰. Lorsque ce seuil de matérialité est dépassé, les cotisations sociales et l'impôt sur le revenu (*infra* II/B) doivent être payés sur l'intégralité du pourboire perçu par le travailleur, et non uniquement sur la part

¹⁵ ATF 98 IV 22 c. 1; arrêt 4A_613/2010 du 25 janvier 2011 c. 4.2.

¹⁶ ATF 106 IV 257 c. 1 et 2 = JdT 1982 IV 39; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, (n. 7), p. 85.

¹⁷ *Contra*: HÄNNI, (n. 8), N 419; T. ROHNER/M. KESSLER, *Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen*, RSJ 9/2016, p. 221 ss, p. 222.

¹⁸ BRUNNER ET AL., (n. 5), p. 62.

¹⁹ M. VALTERIO, *Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) – Commentaire thématique*, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 326.

²⁰ ATF 137 V 321 c. 2.1.

²¹ OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Revue mensuelle concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et le régime des allocations pour perte de gain (RCC)*, in : Office fédéral des assurances sociales (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home.html>), Berne 2025, p. « <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/f/5613> » (consulté le 21.2.2025), RCC 1953 p. 269.

²² ATF 122 V 178 c. 3a.

²³ Arrêt 9C_386/2007 du 29 août 2007 c. 5.

²⁴ ATF 115 V 416 c. 5.

²⁵ OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD) – Etat le 1^{er} janvier 2025*, in : Office fédéral des assurances sociales (<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home.html>), Berne 2025, p. « <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/f/5621> » (consulté le 20.2.2025), N 2045 (ci-après « DSD »); VALTERIO, (n. 19), N 342.

²⁶ DSD, (n. 25), N 2046.

²⁷ *Idem*, N 2047; VALTERIO, (n. 19), N 342.

²⁸ DSD, (n. 25), N 2048; VALTERIO, (n. 19), N 342.

²⁹ K. STEINER/T. GEISER, *Trinkgeld in der Schweizer Gastronomie*, AJP 2024, p. 704 ss, p. 709.

³⁰ K. STEINER/E. MAISSEN, *Le pourboire dans la restauration*, TREX 2024, p. 240 ss, p. 241.

du pourboire dépassant le seuil³¹. Par conséquent, lorsque le seuil de matérialité est de justesse atteint ou pas, cela crée de fortes inégalités de traitement³². Afin d'atténuer ce risque, STEINER/GEISER proposent à juste titre l'instauration d'une franchise, à l'instar de ce qui vaut en matière de personnes retraitées (art. 6^{quater} al. 1 RAVS) ou d'activités accessoires mineures (art. 19 et 34d RAVS)³³. Seuls les pourboires dépassant cette franchise seraient alors soumis aux cotisations³⁴.

B. En droit fiscal

En matière d'impôt fédéral direct, l'art. 17 al. 1 LIFD dispose que tant qu'un pourboire provient d'une activité lucrative dépendante exercée dans le cadre d'un contrat de travail, il est imposable en tant que revenu accessoire³⁵. Étant une prestation en lien direct avec l'exécution du travail, le pourboire est bel et bien compris dans la notion de revenu imposable, même s'il est versé par une personne autre que l'employeur³⁶.

Le pourboire est également soumis à l'impôt à la source sur le revenu, en vertu de l'art. 84 al. 2 let. a LIFD³⁷. Il convient alors de distinguer les prestations pécuniaires de l'employeur, qui seront réduites par celui-ci en tant que débiteur de la prestation imposable, et les pourboires, pour lesquels l'employeur doit prélever l'impôt auprès de son employé, sur la base de l'art. 88 al. 1 LIFD³⁸. Sont réservés les cas où le salaire versé en espèces suffit pour procéder à la retenue globale³⁹.

Le TF a précisé les règles d'imposition du pourboire en établissant un renvoi général à l'art. 5 al. 2 LAVS⁴⁰. Il résulte de cette jurisprudence que le pourboire doit

être déclaré sur le certificat de salaire et est un revenu imposable uniquement s'il peut être considéré comme une part importante de la rémunération globale du travailleur (*supra* II/A)⁴¹. Cela ressort également du texte de l'art. 84 al. 3 LIFD. Cette harmonisation de l'évaluation du pourboire permet de garantir que les revenus soumis à l'impôt coïncident avec le salaire déduit des cotisations à l'AVS⁴².

III. Actualités

Nous souhaitons enfin aborder l'actualité en matière de pourboires. À la fin de l'été 2024, tous les grands médias suisses ont évoqué un projet de l'OFAS consistant à imposer le pourboire et l'intégrer dans le salaire déterminant de l'AVS dès l'automne 2024⁴³. Ces grands titres médiatiques manquaient de précision. En effet, comme nous l'avons développé, le droit suisse prévoit déjà la prise en compte du pourboire dans les cotisations aux assurances sociales et l'impôt sur le revenu, mais à certaines conditions (*supra* II). Ce qui était en fait attendu et redouté par certains concernait une précision ou une modification de la notion d'« élément important de la rémunération du travail », et des nouvelles règles adaptées à la numérisation croissante des moyens de paiement, qui implique une meilleure traçabilité. De telles nouveautés permettraient de mieux appliquer le régime légal où les pourboires doivent être imposés et soumis aux cotisations sociales. L'OFAS n'a toutefois pas donné suite à ces annonces.

À ce sujet, la motion « N'imposons pas les pourboires » 24.4202, déposée par le Centre le 27 septembre

³¹ K. STEINER/E. MAISSEN, Le pourboire dans la restauration, TREX 2024, p. 240 ss, p. 241.

³² Arrêt B 83/06 du 26 janvier 2007 c. 7.2.

³³ STEINER/GEISER, (n. 29), p. 709.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Arrêt 9C_774/2018 du 10 avril 2019 c. 3 ss et 7.1.

³⁶ E. BLUMENSTEIN/P. LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8^e éd., Zurich 2023, p. 175 ; J.-B. ECKERT, art. 17 LIFD, in : Y. Noël/F. Aubry Girardin (édit.), Impôt fédéral direct – Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017, art. 17 LIFD N 13 et 18.

³⁷ WYLER/HEINZER/WITZIG, (n. 11), p. 243.

³⁸ A. PEDROLI, art. 84 et 88 LIFD, in : Y. Noël/F. Aubry Girardin (édit.), Impôt fédéral direct – Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2017, art. 88 LIFD N 4 (ci-après « CR LIFD-PEDROLI, art. »).

³⁹ P. AGNER/B. JUNG/G. STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zurich 2000, art. 88 N 3.

⁴⁰ Arrêt 2C_703/2017 du 15 mars 2019 c. 3.2.3.

⁴¹ Arrêt 2C_703/2017 du 15 mars 2019 c. 3.2.3 ; WYLER/HEINZER/WITZIG, (n. 11), p. 245 s.

⁴² CR LIFD-PEDROLI, (n. 38), art. 84 LIFD N 13.

⁴³ E. FELLE, Les Suisses largement opposés à la taxation des pourboires, 1.12.2024, in : < <https://www.lematin.ch/story/sondage-tamedia-les-suissees-largement-opposes-a-la-taxation-des-pourboires-103228200> > (consulté le 1.5.2025) ; RTS, Inclure les pourboires dans le revenu imposable, entre avantages et craintes, 25.7.2024, in : < <https://www.rts.ch/info/economie/2024/article/inclure-les-pourboires-dans-le-revenu-imposable-entre-avantages-et-craintes-28578794.html> > (consulté le 1.5.2025) ; L. SCHMIDT, Des parlementaires s'opposent à la taxation des pourboires, 8.10.2024, in : < <https://www.24heures.ch/des-parlementaires-sopposent-a-la-taxation-des-pourboires-681089187190> > (consulté le 1.5.2025) ; I. STÄDLER, Les pourboires ne seront bientôt plus une exception fiscale, 22.7.2024, in : < <https://www.tdg.ch/les-pourboires-ne-seront-bientot-plus-une-exception-fiscale-850878679580> >

2024, proposait d'exclure du salaire déterminant les pourboires versés dans l'hôtellerie et la restauration⁴⁴. Cette motion est justifiée par le fait que les règles en vigueur entraînent une lourde augmentation des charges administratives pour les établissements⁴⁵. Le développement des moyens de paiement électronique pourrait faciliter ces démarches⁴⁶. En pratique cependant, où grand nombre d'établissements ne déclarent pas les pourboires encaissés en espèces, la numérisation des moyens de paiements alourdit les charges administratives car un restaurateur n'a pas d'autre choix que de déclarer le pourboire, celui-ci apparaissant automatiquement dans sa comptabilité. En outre, cotiser et payer des impôts sur le pourboire n'est pas cohérent avec son caractère gratifiant et marginal⁴⁷. Les pourboires dépendent par ailleurs trop du type d'établissement ou du client pour pouvoir être imposés de manière uniforme⁴⁸. La proposition ajoute enfin que ce régime n'aide pas à surmonter la pénurie de personnel dans l'hôtellerie et la restauration, rendant le secteur moins attractif.

Le Conseil fédéral a proposé de rejeter ladite motion⁴⁹. Selon lui, dans le régime actuel, les pourboires ne sont que rarement imposés et soumis à cotisation, les conditions à cet effet étant rarement remplies, et les opérations de paiement électroniques peuvent déjà être traitées efficacement⁵⁰. De plus, une exonération inconditionnelle du pourboire inciterait les établissements à fonder la rémunération davantage sur celui-ci, ce qui ferait baisser les salaires⁵¹. Par ailleurs, des pourboires non soumis aux cotisations sociales diminueraient drastiquement la protection sociale des travailleurs⁵². Enfin, une réglementation spécifique au secteur de l'hôtellerie et de la restauration créerait une certaine inégalité de traitement avec d'autres domaines dans lesquels les pourboires sont également usuels, tels que les taxis ou les salons de coiffure⁵³.

Nous ajoutons aux arguments du Conseil fédéral celui de l'égalité entre travailleurs. Un serveur et un employé

de bureau devraient tous deux payer des cotisations et des impôts sur leur rémunération effective, qu'elle provienne du salaire ou de pourboires.

Néanmoins, le régime actuel n'est que très peu respecté dans la pratique, en partie en raison des directives de l'OFAS, jugées trop vagues. Le fait que l'Office n'ait mentionné le seuil de matérialité du pourboire que dans une réponse par courriel à des auteurs de doctrine (*supra* II/A) démontre un grave manque de clarté et de sécurité juridique. À moins que la volonté ressortant d'une telle ambiguïté soit effectivement que ces règles ne soient que peu appliquées, ou qu'une marge d'appréciation soit laissée à l'OFAS. En outre, l'avantage d'une meilleure protection sociale est trop fortement contrebalancé par le paiement des cotisations et par l'imposition du pourboire, ce qui ne fait que diminuer le salaire net du travailleur⁵⁴, qui est déjà relativement faible dans ce secteur. De plus, l'idée qu'une partie des pourboires revienne à l'Etat va manifestement à l'encontre du but d'un pourboire et pourrait décourager les clients d'en verser. Bien que les arguments du Conseil fédéral soient pertinents, une imposition systématique des pourboires serait, au vu des arguments ici évoqués, inacceptable. Nous ne considérons pas que le régime actuel doive absolument être modifié – non pas parce qu'il est satisfaisant –, mais parce qu'il est peu contraignant et rarement appliqué dans la pratique. S'il devait cependant être modifié, nous préconisons l'exclusion du pourboire du salaire déterminant plutôt que sa prise en compte systématique.

⁴⁴ Motion 24.4202.

⁴⁵ STEINER/GEISER, (n. 29), p. 709.

⁴⁶ Motion 24.4202.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ PECTOR-LALLEMAND, (n. 9), p. 108 ss.

⁴⁹ Motion 24.4202.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ PECTOR-LALLEMAND, (n. 9), p. 18 et 97.

⁵² Arrêt B 83/06 du 26 janvier 2007 c. 7.1.

⁵³ Motion 24.4202.

⁵⁴ STEINER/MAISSEN, (n. 30), p. 242.

Erziehungsgedanke vs. Rechtsstaatlichkeitsprinzipien im Jugendrichter:innenmodell

Nicole Schmid (MLaw, Universität Freiburg)

Le modèle du juge des mineurs est l'une des particularités de la procédure pénale pour mineurs. Dans ce modèle, l'autorité chargée de l'instruction, le juge des mineurs, est membre du tribunal dans la procédure judiciaire ultérieure. Les critiques portent surtout sur le cumul des fonctions du juge des mineurs, compte tenu de l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial. Dans ce contexte, il existe un désaccord sur le rapport entre les principes de l'État de droit et l'idée d'éducation du droit pénal des mineurs, ou sur le principe qui devrait être privilégié. Cet article se penche sur cette question.

Einleitung

Eine Jugendbande verprügelt in Winterthur-Seen einen 32-Jährigen und zündet ihn an,¹ ein Jugendlicher attackiert und verletzt in Flums mehrere Personen mit einem Beil.² Straftaten, begangen durch Jugendliche, machen Schlagzeilen. Vermehrt auf Unverständnis stösst, dass die Konsequenzen, welche jugendliche Delinquenten:Delinquentinnen für ihre Taten zu tragen haben, vermeintlich wenig einschneidend sind verglichen mit den Erwachsenenstrafen. Grund für die scheinbare Milde in der Strafzumessung ist das Alter der Täter:innen, denn auf Jugendliche findet das Jugendstrafrecht Anwendung.

Das Jugendstrafverfahren unterscheidet sich wesentlich vom Erwachsenenstrafverfahren, unter anderem dadurch, dass in einigen Kantonen die Person, welche die untersuchende Behörde vertritt, im späteren Gerichtsverfahren als Mitglied des urteilenden Gerichts tätig ist.³ Verschiedene Prinzipien, die im Jugendstrafrecht Anwendung finden, sollen diese Ämterkumulation rechtfertigen, andere wiederum sprechen gegen ein solches Vorgehen. Insbesondere

werden regelmässig Zweifel daran laut, dass die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts so gewährleistet ist.

I. Rechtlicher Kontext des Jugendrichter:innenmodells

Um nachvollziehen zu können, welche Konflikte sich zwischen den Prinzipien, die das Jugendstrafrecht prägen, ergeben, ist im Folgenden auf einige Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens einzugehen.

A. Das Jugendrichter:innenmodell

Im Jugendrichter:innenmodell wird die Funktion der untersuchenden, der urteilenden und der den Vollzug überwachenden Behörde in einer einzigen Person, dem:der Jugendrichter:in, vereint. Nach der Erforschung des Sachverhalts hat diese:r die Wahl, das Verfahren einzustellen, die:den Jugendliche:n freizusprechen oder ein Urteil zu erwirken, sei es durch Strafbefehl oder ein gerichtliches Urteil.⁴ Jugendrichter:innen, welche die Untersuchungen leiten, sind zum späteren Zeitpunkt Strafbefehlsrichter:innen bzw. im Falle schwerer Sanktionen urteilen sie als Präsident:in des Jugendgerichts.⁵ Aus dem Jugendrichter:innenmodell resultiert also eine markante Personalunion.

Neben dem Jugendrichter:innenmodell, welches vorwiegend in der Westschweiz zur Anwendung kommt, ist in den Deutschschweizer Kantonen primär das Jugendanwaltsmodell verbreitet, bei dem die Person, welche die Untersuchung leitet, später vor Gericht die Anklage vertritt. Auch hier kommt es also zu einer Personalunion, jedoch betrifft diese nicht die Zusammensetzung des Gerichts und löst daher auch kein Problem bzgl. der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts aus.

B. Prinzipien des Jugendstrafrechts

Argumente, welche für eine solche Personalunion sprechen, ergeben sich unter anderem aus dem

¹ Blick, Polizei nimmt 14 Teenager fest, zwei 18-Jährige in U-Haft, <<https://www.blick.ch/schweiz/zuerich/taeter-auf-der-flucht-mann-32-an-bushaltestelle-verpruegelt-und-angezuetet-id17850673.html>>, (besucht am 01.04.2025).

² A. LEMMENMEIER, BEIL-ATTACHE: Maximal vier Jahre für Angreifer von Flums: Sonderfall Schweiz auch beim Jugendstrafrecht, <<https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/beil-attache-maximal-vier-jahre-fuer-angreifer-von-flums-sonderfall-schweiz-auch-beim-jugendstrafrecht-ld.1016026>>, (besucht am 01.04.2025).

³ Art. 6 Abs. 3 JStPO.

⁴ A. MURER MIKOLÁSEK, Analyse der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO), Entspricht sie den Grundsätzen des Jugendstrafrechts?, Diss. Zürich 2011, N 725.

⁵ MURER MIKOLÁSEK (Fn. 4), N 726.

Erziehungsgedanken, einem wesentlichen Prinzip des Jugendstrafrechts.⁶ Das Jugendstrafrecht ist stark Täter:innenbezogen und verfolgt in erster Linie spezialpräventive sowie erzieherische Ziele.⁷ Es geht weniger um die Schuld der Täter:innen oder darum, eine konkrete Tat zu vergelten.⁸ Vielmehr wird die Tat als Anlass betrachtet, die individuelle Entwicklung der Jugendlichen zu analysieren und eine Sanktion zu bestimmen, die zur zukünftigen Deliktsfreiheit beiträgt.⁹ Die Person, welche die Untersuchung führt, lernt die Jugendlichen besser kennen und ist daher eher in der Lage, eine im konkreten Fall angemessene Sanktion zu verhängen.

Die Leitung des Verfahrens durch möglichst wenige Personen dient dessen Einheitlichkeit, was wiederum der Beschleunigung des Verfahrens zugutekommt, ein weiteres Prinzip, welches im Jugendstrafrecht zentral ist.¹⁰ Die Verkürzung der Verfahrensdauer ist von Bedeutung,¹¹ da Jugendliche im Vergleich zu Erwachsenen ein anderes Gefühl für vergangene Zeitspannen haben.¹² Erfolgt die Sanktion mit zu grossem Zeitabstand zur Tat, geht der Zusammenhang mit dem unrechten Verhalten verloren, worunter wiederum die erzieherische und spezialpräventive Funktion der Sanktion leiden würde.¹³ Folglich dient die Beschleunigung des Verfahrens ebenfalls der Umsetzung des Erziehungsziels.¹⁴

Dennoch ist die Beschleunigung nicht unbeschränkt möglich.¹⁵ Ein zu schnelles Verfahren schützt und erzieht die Jugendlichen genauso wenig wie ein zu

langwieriges. Denn ein zu kurzes Verfahren kann eine ungenügende Abklärung des Sachverhalts zur Folge haben oder nicht rechtfertigbare Einschränkungen von Verfahrensrechten mit sich bringen.¹⁶

C. Das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht

In verschiedenen Gesetzestexten wird das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht statuiert. Auf nationaler Ebene ist es die BV, welche diesen Anspruch als Grundrecht in Art. 30 garantiert. Alle Parteien, auch im Jugendstrafverfahren, haben das Recht, von einem:einer unparteiischen, unbefangenen und unvoreingenommenen Richter:in beurteilt zu werden.¹⁷ Dies ist nicht gewährleistet, wenn objektiv relevante Umstände vorliegen, die den Anschein der Parteilichkeit erwecken.¹⁸ Nebst der nationalen Gesetzgebung hält auch Art. 6 EMRK diesen Grundsatz fest.

Insbesondere im Fall einer Personalunion, wie es sie im Jugendrichter:innenmodell gibt, kann die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des:der Richters:Richterin zum Problem werden, da ein und dieselbe Person mehrere Verfahrensstadien leitet. Eine ähnliche Kumulation von Kompetenzen wurde vom EGMR bereits in verschiedenen Entscheiden bemängelt. Die Auseinandersetzung mit dem Fall im Untersuchungsstadium könnte den objektiv begründeten Anschein der Befangenheit des:der Richters:Richterin erwecken.¹⁹ Ist die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte nicht gewährleistet, ist dies nicht nur für den konkreten Fall ein Problem. Denn gefährdet wird dadurch das Vertrauen der gesamten Bevölkerung in die allgemeine Zuverlässigkeit der Rechtsfindung im Rechtsstaat.²⁰

⁶ Art. 2 JStG; Art. 4 Abs. 1 JStPO; P. AEBERSOLD, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3. Aufl., Bern 2017, N 719.

⁷ AEBERSOLD (Fn. 6), N 261 ff.; BBl 1999 II 1979 ff., 2216.

⁸ AEBERSOLD (Fn. 6), N 261; C. RIEDO, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013, N 566; BBl 1999 II 1979 ff., 2216.

⁹ AEBERSOLD (Fn. 6), N 261.

¹⁰ D. JOSITSCH / M. RIESEN-KUPPER, Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (JStPO), Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2018, N 25 ff.; M. ANDRIST, Das Prinzip der Einheitlichkeit im Jugendstrafverfahren, ZStrR 2015, S. 258 ff., S. 259 f.; MURER MIKOLÁSEK (Fn. 4), N 315; Da sich weniger Personen in den Fall einarbeiten müssen, fällt dafür weniger Zeit an, wie wenn die Kompetenzen auf verschiedene Personen verteilt würden.

¹¹ JOSITSCH/RIESEN-KUPPER (Fn. 10), Einleitung N 21; AEBERSOLD (Fn. 6), N 714; Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bern 2001, S. 31.

¹² ANDRIST (Fn. 10), S. 268; Begleitbericht zum Vorentwurf (Fn. 11), S. 32.

¹³ H. MANN, Beschleunigungspotential im Jugendstrafverfahren, Diss. Passau, Frankfurt am Main 2003, S. 20; vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf (Fn. 11), S. 25 ff.

¹⁴ MANN (Fn. 13), S. 25.

¹⁵ Vgl. MANN (Fn. 13), S. 25.

¹⁶ Vgl. MANN (Fn. 13), S. 26 f.

¹⁷ Statt vieler: BGE 119 Ia 221 E. 3 S. 226.

¹⁸ BGE 134 I 16, E. 4.2 S. 17 f.; BGE 132 V 93, E. 7.1 S. 110.

¹⁹ Nach der Rechtsprechung des EGMR ist zwar grundsätzlich kritisch zu betrachten, wenn eine Sache mehrfach und in unterschiedlichen Funktionen von der gleichen Person behandelt wurde, dennoch ist nicht pauschal davon auszugehen, dass eine Personalunion immer unzulässig ist; vgl. EGMR 64962/01 (Ozerov/Russland) vom 18.5.2010; EGMR 13924/88 (Nortier/Niederlande) vom 24.08.1993; EGMR 10486/83 (Hauschildt/Dänemark) vom 24.5.1989; EGMR 9186/80 (De Cubber/Belgien) vom 26.10.1984.

²⁰ M. BOOG, Vorbemerkungen zu Art. 56-60 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 4; In mehreren Entscheiden hat sich der EGMR ausserdem zur Wichtigkeit des Vertrauens der Bevölkerung in die Justiz und die Gerichte geäussert und festgestellt, dass die Wah-

II. Erziehungsmodell oder Rechtsstaatlichkeitsmodell?

Der oben aufgezeigte Widerspruch verschiedener Prinzipien und die Abwägung zwischen dem Erziehungscharakter des Jugendstrafrechts einerseits und dem Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht – und somit der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens – andererseits, führen dazu, dass sich in der Lehre im Wesentlichen zwei Haltungen entwickelt haben.²¹

A. Das Erziehungsmodell

Ein Teil der Lehre plädiert dafür, dem Erziehungsgedanken im Jugendstrafverfahren den Vorrang zu geben. In Anwendung des Erziehungsgrundsatzes wird eine Sanktion so verstanden, dass sie primär im Interesse des:der Jugendlichen sein und einen erzieherischen Zweck verfolgen soll.²² Ebenfalls diesem Gedanken entnimmt man, dass das Jugendstrafrecht stets die individuell angemessene Sanktion auferlegen soll und nicht in erster Linie die Tat den Ausschlag für die Sanktion gibt.²³ Durch ein Strafrecht, welches sich auf die Erziehung der Jugendlichen fokussiert, kann am ehesten Einfluss auf deren Entwicklung genommen werden, wodurch zur Resozialisierung beigetragen wird. Ein reines Erziehungsmodell würde ausserdem davon ausgehen, dass Jugendliche nicht selbst für ihr Handeln verantwortlich sind, sondern Straftaten primär eine Symptomatik ihres Umfeldes und ihres Alters darstellen.²⁴

Die Leitung mehrerer Verfahrensstadien durch eine Person dient der Einheitlichkeit des Verfahrens.²⁵ Diese wiederum bringt im Sinne des Erziehungsgedankens den Vorteil, dass der:die Jugendrichter:in die Jugendlichen besser kennenlernt und daher besser einzuschätzen vermag, worin im konkreten Fall eine angemessene Sanktion

bestehen könnte, die die Resozialisierung begünstigt.²⁶ Auch soll dieses Vorgehen ermöglichen, dass zwischen den Jugendlichen und der Magistratsperson ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wird, was ein besseres Verständnis für die verhängte Sanktion vermittelt und somit einen pädagogischen Effekt hat.²⁷ Der:Die Jugendrichter:in soll die Jugendlichen ausserdem optimal dabei unterstützen können, in der Zukunft ein deliktfreies Leben zu führen, wozu ein Vertrauensverhältnis ebenfalls förderlich ist.²⁸ Die Einheitlichkeit ist somit eine Voraussetzung, sowohl um eine im Einzelfall angemessene Sanktion verhängen zu können als auch um die optimale Begleitung der Jugendlichen während des Verfahrens sowie des Vollzugs zu gewährleisten.²⁹

Dass ein:e Jugendliche:r aber ausgerechnet den:die Jugendrichter:in, welche:r die Untersuchung leitet, bzw. das Urteil mit fällt, als Vertrauensperson im Verfahren betrachten wird, ist in vielen Fällen zweifelhaft.³⁰ Schliesslich ist der:die Jugendrichter:in die Person, mit welcher die Jugendlichen die Sanktion wohl am ehesten verbinden werden.

B. Das Rechtsstaatlichkeitsmodell

Das Rechtsstaatlichkeitsmodell stellt im Gegensatz zum Erziehungsmodell die Einhaltung der Verfahrensgarantien ins Zentrum und geht davon aus, dass der Erziehungszweck kein Vorwand sein darf, diese nicht einzuhalten.³¹ Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts wird in diesem Modell bevorzugt und die Jugendlichen beinahe wie Erwachsene behandelt.³² Das Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht darf nicht aufgrund des Erziehungsziels des Jugendstrafrechts eingeschränkt werden.³³ Denn wie oben bereits dargelegt, wird weder der Schutz der Jugendlichen noch deren Erziehung besser erreicht, wenn der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nicht Rechnung getragen wird.

Weiter anzuführen ist an dieser Stelle die Unschuldsvermutung, wonach die Jugendlichen

rung dieses Vertrauens im öffentlichen Interesse liegt; vgl. EGMR 64962/01 (Ozerov/Russland) vom 18.5.2010, Ziff. 57; EGMR 54729/00 (Adamkiewicz/Polen) vom 2.3.2010, Ziff. 99.

²¹ Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf (Fn. 11), S. 25.

²² JOSITSCH/RIESEN-KUPPER (Fn. 10), Einleitung N 9.

²³ AEBERSOLD (Fn. 6), N 698.

²⁴ S. TRECHSEL, Jugendstrafverfahren im Rechtsstaat, Kritische Anmerkungen zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, weblaw.ch, Jusletter, <https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2002/164/_1471.html>, Stand 7.1.2002, besucht am 8.4.2025, N 4; Begleitbericht zum Vorentwurf (Fn. 11), S. 25.

²⁵ JOSITSCH/RIESEN-KUPPER (Fn. 10), Einleitung N 25 f.

²⁶ AEBERSOLD (Fn. 6), N 698; ANDRIST (Fn. 10), S. 268; RIEDO (Fn. 8), N 1502.

²⁷ AEBERSOLD (Fn. 6), N 698; ANDRIST (Fn. 10), S. 259; RIEDO (Fn. 8), N 1502.

²⁸ ANDRIST (Fn. 10), S. 268.

²⁹ MURER MIKOLÁSEK (Fn. 4), N 706.

³⁰ AEBERSOLD (Fn. 6), N 700.

³¹ TRECHSEL (Fn. 24), N 4, 20.

³² JOSITSCH/RIESEN-KUPPER (Fn. 10), Einleitung N 9.

³³ TRECHSEL (Fn. 24), N 20.

bis zu ihrer rechtmässigen Verurteilung als unschuldig gelten.³⁴ Da die Unschuldsvermutung ein absoluter Grundsatz ist, müssen Jugendlichen einerseits die gleichen Verteidigungsmöglichkeiten offenstehen wie Erwachsenen in der gleichen Situation.³⁵ Andererseits bedarf eine Person, auf welche die Unschuldsvermutung anzuwenden ist, auch keiner Erziehung, wodurch die Berufung auf den Erziehungsgedanken gegenstandslos wird. Denn wenn davon ausgegangen wird, dass eine Person bis zu ihrer Verurteilung als unschuldig zu betrachten ist, kann nicht zeitgleich während der Gerichtsverhandlung bereits davon ausgegangen werden, der:die Jugendliche bedürfe der Erziehung.

Das reine Rechtsstaatlichkeitsmodell ist jedoch ebenfalls nicht zielführend. Schliesslich hat man sich bewusst dafür entschieden, Jugendliche anders zu behandeln als Erwachsene, und das aus guten Gründen. Da Jugendliche andere Bedürfnisse und Motive für ihre Straffälligkeit haben als Erwachsene und da das Jugendstrafrecht auch andere Ziele verfolgt, sind Jugendliche eben nicht gleich wie Erwachsene zu behandeln.³⁶

C. Gegenüberstellung der beiden Modelle

Die Abwägung zwischen dem Erziehungsmodell und dem Rechtsstaatlichkeitsmodell beschäftigt auch die Lehre. Da beide Modelle an sich nicht befriedigend sind, ist ein Gleichgewicht zwischen dem Erziehungsgedanken und der Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeitsprinzipien herzustellen, um jugendliche Straftäter:innen so sanktionieren zu können, dass die spezialpräventiven Ziele möglichst erreicht werden.³⁷ Denn während das Rechtsstaatlichkeitsmodell stark auf die Verantwortlichkeit der Jugendlichen abstützt, geht ein reines Erziehungsmodell davon aus, dass Jugendliche nicht selbst für ihr Handeln verantwortlich sind.³⁸

Den Fokus allein auf den Erziehungsgedanken zu legen, birgt die Gefahr, dass das System in eine paternalistische Richtung abdriftet und die eigentliche Entscheidungsfreiheit der Jugendlichen kaum noch

respektiert wird.³⁹ Man kann sich hierbei fragen, ob Jugendliche nicht genauso das Recht haben wie Erwachsene, ernstgenommen zu werden und in einem fairen Verfahren für ihr Verhalten Verantwortung zu übernehmen.⁴⁰

In einem Verfahren, bei welchem der:die Täter:in geständig ist, dürfte das Rechtsstaatlichkeitsproblem, das mit dem Einsitz des:der untersuchenden Jugendrichters:Jugendrichterin ins urteilende Jugendgericht einhergeht, nicht so einschneidend sein, denn es müssen weniger Untersuchungen angestellt werden.⁴¹ Dass der:die Richter:in aus den Untersuchungen schon mit einer vorgefassten Meinung hervorgeht, ist daher weniger wahrscheinlich. Anders gestaltet es sich, wenn der:die Täter:in die Tat bestreitet. In einem solchen Fall sind meist wesentlich mehr Untersuchungen von Nöten und die untersuchende Person kann daraufhin kaum noch als unparteiisch angesehen werden.⁴² Systematisch eine Unterscheidung zu treffen, basierend darauf, ob der:die Täter:in geständig ist, wäre meines Erachtens jedoch nicht zielführend. Denn eine geständige Person sollte in ihren Verfahrensgarantien nicht schlechter gestellt werden als eine Person, welche nicht gesteht.

Eine Unterscheidung ist m.E. immerhin je nach Schwere der Tat bzw. Härte der Sanktion zu treffen. In schweren Fällen, welche einschneidende Sanktionen mit sich bringen,⁴³ sind die Verfahrensrechte der:des Jugendlichen als wichtiger zu werten. Insbesondere wenn längere Freiheitsstrafen verhängt werden sollen, ist die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens dem Erziehungsgedanken vorzuziehen.⁴⁴ Wo schwere Sanktionen angemessen sind, mündet die Bevorzugung des Erziehungsgedankens in einer Schlechterstellung Jugendlicher gegenüber Erwachsenen in einer vergleichbaren Situation, da die Verfahrensgarantien vor dem Jugendgericht eingeschränkt sind.⁴⁵ Dass Minderjährige durch den Einsitz des:der untersuchenden Jugendrichters:Jugendrichterin im urteilenden Jugendgericht schlechter in ihren Verfahrensrechten geschützt werden als Erwachsene, ist nicht akzeptabel und verfehlt auch das Schutzziel des Jugendstrafrechts.

³⁴ Vgl. zur Unschuldsvermutung: Art. 10 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 2 EMRK; MANN (Fn. 13), S. 29 f.

³⁵ Vgl. MANN (Fn. 13), S. 30; TRECHSEL (Fn. 24), N 8.

³⁶ Vgl. AEBERSOLD (Fn. 6), N 188; vgl. RIEDO (Fn. 8), N 309; vgl. BBl 1999 II 1979 ff., 2216.

³⁷ JOSITSCH/RIESEN-KUPPER (Fn. 10), Einleitung N 10; TRECHSEL (Fn. 24), N 4.

³⁸ TRECHSEL (Fn. 24), N 4; Begleitbericht zum Vorentwurf (Fn. 11), S. 25.

³⁹ TRECHSEL (Fn. 24), N 4.

⁴⁰ AEBERSOLD (Fn. 6), N 701.

⁴¹ TRECHSEL (Fn. 24), N 21.

⁴² TRECHSEL (Fn. 24), N 21.

⁴³ Bezug genommen wird hier auf jene Fälle, welche gemäss Art. 34 JStPO vor dem Jugendgericht verhandelt werden.

⁴⁴ JOSITSCH/RIESEN-KUPPER (Fn. 10), Einleitung N 11; AEBERSOLD (Fn. 6), N 257 f.

⁴⁵ AEBERSOLD (Fn. 6), N 699.

Schlussfolgerung

In einem System wie dem Jugendstrafrecht, welches Besonderheiten aufweist, um den Unterschieden zwischen Jugendlichen und Erwachsenen gerecht zu werden, ist ein Abwägen zwischen Erziehungs- und Rechtsstaatlichkeitsmodell unvermeidbar.

Bei Delikten, welche schwere Sanktionen nach sich ziehen, ist die Einschränkung der Verfahrensgarantien wesentlich stossender als bei leichten Sanktionen. Meines Erachtens ist in Fällen, die vom Jugendgericht zu beurteilen sind, das Rechtsstaatlichkeitsmodell dem Erziehungsmodell vorzuziehen. Schliesslich soll verhindert werden, dass Jugendliche der Macht des:der Jugendrichters:Jugendrichterin praktisch ausgeliefert sind.⁴⁶ Auch in Verfahren, in denen die Jugendlichen nicht geständig sind, scheint das Rechtsstaatlichkeitsmodell den Ansprüchen an ein faires Verfahren eher gerecht zu werden.

Dennoch ist entscheidend, dass während des Jugendstrafverfahrens nicht aus den Augen verloren geht, dass es sich eben um Minderjährige handelt und dass diesem Umstand, unter anderem durch die Beschleunigung des Verfahrens und die Festlegung individuell angemessener Sanktionen, Rechnung getragen wird. Da die Abwägung zwischen den verschiedenen Verfahrensprinzipien jedoch schwerfällt und das Jugendrichter:innenmodell den Ansprüchen an ein faires Verfahren in vielen Fällen nicht gerecht wird, sollte eine Alternative gefunden werden. Eine solche könnte beispielsweise das Jugendanwaltsmodell darstellen, bei welchem die Person, die die Untersuchungen leitet, später vor Gericht als Vertretung der Anklage, also als Jugendstaatsanwalt:Jugendstaatsanwältin, auftritt.

⁴⁶ Vgl. Begleitbericht zum Vorentwurf (Fn. 11), S. 32.

Le consentement dans le cadre de la LPMA

Joaquim Samuel Eversham (étudiant en Bachelor de droit à l'Université de Fribourg)

Der Begriff der informierten Zustimmung ist zentral für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung, eine sich rasch entwickelnde Praxis. In diesem Verfahren treffen medizinische Fortschritte auf rechtliche Herausforderungen im Bereich der persönlichen Autonomie. Dieser Artikel analysiert die Voraussetzungen einer gültigen Zustimmung gemäss FMedG sowie die rechtlichen Folgen bei Fehlen, Widerruf oder Tod. Sie beleuchtet auch die bestehenden Ungleichheiten beim Zugang zu Verfahren aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung.

Introduction

La reconnaissance du droit à la procréation est fortement associée à la notion d'épanouissement personnel, telle que garantie par l'art. 10 al. 2 Cst.¹. La procréation médicalement assistée (PMA) apparaît comme un instrument pouvant contribuer à la réalisation de ce désir². La Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA) établit les réglementations applicables à cette pratique. Les personnes qui décident de s'engager dans ce processus se trouvent confrontées à une procédure constituée de plusieurs étapes qui nécessite un consentement libre et éclairé à chaque phase du traitement.

I. Fondements du consentement à la LPMA

A. Notion de consentement

Le consentement, soit la manifestation de la volonté d'une personne, est l'expression même de son autonomie³. Au sens de cette approche, l'acceptation éclairée d'un traitement médical est un choix qui émane de la

volonté propre de la personne concernée⁴. Cet acte légitime ainsi toute atteinte sur le corps qui serait autrement perçue comme illicite (art. 28 al. 2 CC). Il s'aligne avec l'idée de la liberté personnelle en vertu de l'art. 10 al. 2 Cst., qui englobe l'intégrité physique et psychique ainsi que la liberté de mouvement⁵.

La dimension éclairée du consentement nécessite une compréhension approfondie des éléments en cause, une étape cruciale avant d'accorder le consentement, en particulier lorsque des données personnelles sont concernées⁶. Dans le cadre spécifique de LPMA, la préservation de l'autodétermination individuelle est essentielle, car elle est considérée comme un pilier fondamental de la dignité humaine (art. 7 Cst.)⁷. Par conséquent, avant d'obtenir le consentement d'une personne, il est impératif de garantir une information détaillée pour assurer une compréhension totale des implications⁸.

Conformément à l'art. 5b al. 1 LPMA, le consentement écrit des deux membres du couple concerné est nécessaire à chaque étape de la procédure de PMA, avec l'obligation subséquente de renouveler ce consentement après trois cycles de traitement infructueux. Ce principe souligne le rôle déterminant du consentement du conjoint ou du partenaire, car bien que l'essentiel de l'intervention médicale se concentre sur la future mère, l'objectif ultime de la procédure est d'avoir un enfant avec deux parents. Ainsi, les deux membres du couple doivent être concernés⁹.

B. Conditions au consentement

Le consentement éclairé en médecine repose sur la capacité de l'individu à discerner sa situation personnelle et à agir en conséquence¹⁰. La responsabilité du médecin dans l'évaluation de la capacité de discernement de

¹ ATF 119 la 460 consid. 5, JdT 1995 I 586.

² O. GUILLOD/M. MANDOFIA BERNEY, p. 206, Liberté personnelle et procréation assistée – Quelques réflexions, RSJ 1993 p. 206.

³ V. SAVIOZ-VIACCOZ, Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée, in : S. Besson/Y. Mausen/P. Pichonnaz (édit.), Le consentement en droit, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 183.

⁴ D. MANAI, Droits du patient et biomédecine, 2^e éd., Berne 2013, p. 33.

⁵ ATF 117 Ib 197 consid. 2c, JdT 1992 1214 (trad.).

⁶ A. HERTIG PEA, La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ? – Etude des moyens d'action en droit suisse, thèse Neuchâtel 2013, p. 98.

⁷ O. PEISSARD, La dignité humaine dans le droit suisse et international relatif au génie génétique – Essai d'interprétation, thèse Fribourg, Yverdon-les-Bains 2008, p. 147.

⁸ PEISSARD (n. 7), p. 147.

⁹ MANAI (n. 4), p. 327.

¹⁰ *Idem*, p. 38.

ses patients et l'obtention de leur consentement libre et éclairé découle directement de leurs droits constitutionnels, notamment du droit à l'autodétermination et à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)¹¹.

La procédure est réservée aux couples établissant un lien de filiation (art. 3 al. 2 let. a LPMA), comme défini par les dispositions des art. 252 à 263 CC. Dans l'optique du bien de l'enfant, la procédure est réservée aux couples stériles ou souffrant de maladies graves susceptibles d'être transmises à leur descendance (art. 5 let. a s. LPMA). Ils doivent remplir plusieurs conditions, dont l'obtention du consentement écrit des deux membres du couple après que ceux-ci aient été suffisamment informés (art. 5b al. 1 LPMA). En outre, les deux membres du couple doivent être en vie au moment de la procédure (art. 3 al. 4 s. LPMA), et être capables de discernement¹². L'âge des parents et leur situation personnelle doivent également être pris en considération (art. 3 al. 2 let. b LPMA)¹³. En 2022, la modification du code civil relative au mariage pour tous¹⁴ a ouvert l'accès à la PMA aux couples de femmes mariées, en leur donnant la possibilité de recourir au don de sperme¹⁵. Toutefois, cette disposition n'inclut pas les couples d'hommes mariés¹⁶.

C. Don de gamètes

Il convient de souligner que le consentement au don de gamètes concerne exclusivement les hommes. Le don d'ovules ainsi que la maternité de substitution demeurent prohibés sur le territoire suisse (art. 4 LPMA)¹⁷. En effet, cela inciterait des couples aisés à recourir au tourisme procréatif¹⁸ et à se rendre ainsi à l'étranger pour trouver une mère porteuse, notamment en Californie, où de telles pratiques

demeurent légales¹⁹. Cela soulève la question d'une possible évolution de la loi à la lumière de la liberté personnelle garantie à l'art. 10 al. 2 Cst. Si une femme donne son consentement libre et éclairé, le don d'ovules pourrait être considéré comme une expression de cette liberté. Une procédure strictement encadrée permettrait alors d'ouvrir cette possibilité à un plus grand nombre de personnes.

Seul un couple marié peut recevoir le don de gamètes pour une PMA (art. 3 al. 3 LPMA). Les gamètes portent l'identité de l'être humain²⁰. Par conséquent, le consentement écrit du donneur est impératif (art. 18 al. 1 LPMA), car il lui permet d'exprimer ses conditions quant à l'utilisation de ses gamètes et de prévenir d'éventuelles complications dans le futur²¹. Par ailleurs, l'utilisation des spermatozoïdes provenant de donneurs décédés est permise, (art. 3 al. 4 LPMA), sous réserve de l'obtention de leur consentement explicite de leur vivant²².

Avant d'engager un don de sperme sans contrepartie financière, le donneur doit être informé des implications juridiques qui en découlent, notamment du fait que ses données seront conservées pendant une période de 80 ans (art. 21 et 26 LPMA). En outre, le donneur doit avoir pleinement conscience que l'enfant résultant de son don pourra accéder à ses données (art. 18 al. 2 LPMA), y compris les informations concernant son identité et son apparence physique, dès 18 ans (art. 27 al. 1 LPMA, art. 119 al. 2 let. g Cst.).

S'il peut invoquer un intérêt légitime, tel que des raisons médicales, l'enfant a le droit, à n'importe quel âge, d'obtenir toutes les données relatives au donneur (art. 24 al. 2 LPMA)²³. L'enfant dispose ainsi de toutes les données nécessaires pour identifier le donneur²⁴, bien que ce dernier ait le droit de refuser une rencontre

¹¹ M. HIRSIG-VOUILLOZ, La responsabilité du médecin – Aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne 2017, p. 63.

¹² S. HURST/V. JUNOD /D. WUNDER, Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité – Enjeux juridiques et éthiques, RSDS/SZG 2019, p. 126.

¹³ ATF 142 V 249 consid. 6.3 (non publié au JdT).

¹⁴ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019 concernant l'initiative parlementaire « Mariage civil pour tous », FF 2019 p. 8140 ss.

¹⁵ M. BADDELEY, Le mariage pour tous – les effets pour les partenaires enregistrés, SAV/FSA 2022, p. 342.

¹⁶ F. MATTHEY, L'ouverture du mariage aux couples de même sexe : quels effets pour les prestations parentales ?, RSAS 2022, p. 451.

¹⁷ O. GUILLOD/S. BURGAT, Droit des familles, 6^e éd., Bâle 2022, p. 119.

¹⁸ T. STEGMÜLLER, L'interdiction suisse de la procréation post-mortem face au droit comparé, in : R. Bahar/G. Kadner (édit.), Le droit comparé et le droit suisse, Zurich 2018, p. 180 (ci-après « STEGMÜLLER, Procréation post-mortem »).

¹⁹ ATF 141 III 328 consid. 5.2, JdT 2016 II 179 (trad.) ; GUILLOD/BURGAT (n. 17), p. 125.

²⁰ MANAI (n. 4), p. 330.

²¹ ATF 125 I 257 consid. 4 (non publié au JdT).

²² T. STEGMÜLLER, Le consentement et ses conditions dans le cadre de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), in : S. Besson/Y. Mäusen/P. Pichonnaz (édit.), Le consentement en droit, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 169 (ci-après « STEGMÜLLER, Consentement LPMA »).

²³ Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire « pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD) » et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197, p. 268 (ci-après « Message 1996 »).

²⁴ ATF 125 I 257 consid. 3c (non publié au JdT).

avec l'enfant (art. 27 al. 3 LPMA). Dans de telles circonstances, il est nécessaire d'informer l'enfant des droits relatifs à la personnalité du donneur et de sa famille, mettant en lumière son droit à la vie privée (art. 13 Cst.)²⁵. Enfin, un enfant issu d'une PMA par don de sperme ne peut engager une action en paternité contre le donneur (art. 23 al. 2 LPMA), à moins que ce dernier ait fait un don de sperme directement à la mère de l'enfant en dehors d'une procédure de PMA encadrée par un professionnel de la santé²⁶.

II. Absence de consentement

A. Révocation du consentement

Conformément à l'art. 15 al. 3 LPMA, toute personne a le droit de retirer par écrit à tout instant son consentement à la conservation et à l'utilisation de ses gamètes²⁷, et ce, sans être tenu de fournir des justifications quant à ses motivations²⁸. Les gamètes en question sont immédiatement détruits (art. 15 al. 4 LPMA). Dans certaines circonstances, notamment en cas de séparation, le donneur peut choisir de retirer son consentement, parfois même pendant le processus de PMA, une fois que ses gamètes ont été utilisés pour la procédure²⁹. Il appartient alors à la mère de choisir de poursuivre la grossesse et d'élever l'enfant sans le père, ou d'opter pour un avortement afin de mettre un terme à la procédure (art. 118 CP)³⁰.

B. Conséquence en cas de décès

Comme mentionné précédemment lors de la présentation des conditions pour avoir accès à la PMA, il est impératif que les deux membres du couple souhaitant entamer une procédure soient vivants³¹. Ainsi, l'utilisation des gamètes d'une personne décédée ou celles d'ovules fécondés et d'embryons *in vitro* après le décès de l'un des membres du couple sont strictement interdites (art. 3 al. 4 s. LPMA). Ces infractions peuvent entraîner des peines pécuniaires allant jusqu'à 100'000 francs (art. 37 let. b s. LPMA). Même si le consentement avait été donné par les deux membres du couple de leur vivant pour l'utilisation de leur patrimoine

germinal, la PMA n'est plus autorisée après le décès de l'un des deux partenaires³². Dans cette situation, les embryons *in vitro* doivent être immédiatement détruits³³.

Toutefois, l'utilisation des spermatozoïdes d'un donneur décédé est autorisée, à condition qu'il ait donné son consentement explicite de son vivant (art. 3 al. 4 LPMA)³⁴. Ainsi, dans le cadre de la LPMA, seul l'individu qui a fait don de ses spermatozoïdes peut influencer, par son consentement, le sort de son patrimoine germinal après sa mort. Cette différence peut s'expliquer par le fait que le donneur n'est pas directement impliqué dans un projet parental personnel, contrairement aux embryons *in vitro*, qui sont le fruit d'une décision commune du couple (art. 3 al. 2 let. a LPMA).

C. Défaut de consentement

Les dispositions de l'art. 34 al. 1 LPMA prévoient des sanctions, allant d'une peine pécuniaire à une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans, à l'encontre de toute personne pratiquant une PMA sans le consentement requis du donneur de gamètes ou du couple concerné. Ces mêmes sanctions s'appliquent également à quiconque, sans l'autorisation requise ou sur la base de déclarations mensongères, pratique la procédure, conserve des gamètes, des ovules imprégnés ou des embryons *in vitro*, ou en pratique la cession (art. 34 al. 2 LPMA).

En ce qui concerne le refus de consentement du mari, il convient de souligner que la présomption de paternité de l'enfant né pendant le mariage persiste (art. 255 al. 1 CC)³⁵. L'action en désaveu de paternité est exclue pour le mari, dès lors qu'il a précédemment consenti à la PMA par don de sperme (art. 256 al. 3 CC)³⁶. Le défaut de consentement à la PMA après la naissance d'un enfant peut entraîner l'engagement de procédures judiciaires en matière de filiation. Certaines actions peuvent aboutir à des actions en désaveu de paternité lorsque le donneur

²⁵ MANAI (n. 4), p. 337.

²⁶ STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 170.

²⁷ Message 1996 (n. 23), p. 260.

²⁸ J. DUMOULIN, Consentement libre et éclairé et refus de soins, in : R. La Harpe/M. Ummel (édit.), Droit de la santé et médecin légale, Chêne-Bourg 2014, p. 266.

²⁹ C. DEVAUD, L'information en droit médical – Étude de droit suisse, thèse Lausanne, Zürich 2009, p. 228.

³⁰ STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 173.

³¹ MANAI (n. 4), p. 327.

³² STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 175.

³³ Message du Conseil fédéral du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5253, p. 5318.

³⁴ STEGMÜLLER, Procréation post-mortem (n. 18), p. 175.

³⁵ STEGMÜLLER, Consentement LPMA (n. 22), p. 176.

³⁶ T. STEGMÜLLER, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant – Étude de droit suisse, thèse Fribourg, Genève/Zürich/Bâle 2020, p. 63.

a fait don de sperme à une personne ne disposant pas de l'autorisation requise pour pratiquer la PMA (art. 23 al. 2 LPMA). Dans ce cas, l'enfant peut se retrouver sans père juridique³⁷.

Conclusion

Le consentement, pilier de l'autonomie individuelle, joue un rôle incontournable à chaque étape de la PMA. Les conditions définies par la LPMA mettent l'accent sur la nécessité du consentement éclairé et écrit des couples impliqués, soulignant ainsi l'importance du rôle du médecin dans la communication des informations. En cas d'absence de consentement, qu'il s'agisse de révocation, de décès, ou de défaut de consentement, la LPMA prévoit des règles strictes assorties de sanctions en cas de non-respect de celles-ci, dans le but de protéger les droits de la personnalité des individus et l'intérêt de l'enfant.

Il convient de noter que l'introduction du mariage pour tous a élargi l'accès à la PMA aux couples de femmes qui remplissent les conditions requises, mais exclut les couples d'hommes. Le consentement au don de gamètes concerne exclusivement les individus de sexe masculin et dans le cadre du consentement à la PMA, ils semblent être les seuls à pouvoir décider du sort de leurs gamètes après la mort. Ces nuances soulignent les limites du cadre légal, qui maintient des inégalités fondées sur la situation familiale ou l'orientation sexuelle. Une adaptation de la loi pourrait être envisagée, à la lumière du principe d'égalité inscrit à l'art. 8 Cst., afin de permettre un accès plus inclusif à la PMA et assurer une égalité de traitement entre toutes les personnes concernées.

³⁷ *Idem*, p. 66.



The world.
Where we practice law.
Every day.

Lenz & Staehelin
The world's Swiss law firm

The Aftermath of Achmea: A Broader Impact on International Dispute Resolution?

Sude Kinik (Galatasaray University, Istanbul, Turkey: Senior year, LLB)

The Achmea judgment has predominantly been analysed within the confines of intra-EU investment arbitration, both in case law and legal scholarship. This article moves beyond that narrow scope to explore its broader implications for international dispute settlement. Although the ruling is formally limited to intra-EU investment arbitration, it raises structural concerns regarding the compatibility of other international tribunals with the EU legal order—particularly in light of the CJEU’s exclusive jurisdiction under Article 344 TFEU. The Court’s reasoning, which treats investment tribunals as infringing upon EU judicial autonomy due to their potential application of EU law, risks generating inconsistencies in how the EU approaches other international dispute resolution mechanisms. Through a comparative analysis of the jurisprudence of the International Court of Justice and the WTO Dispute Settlement Body, this article shows that international tribunals frequently engage with domestic law interpretatively without threatening legal autonomy. It concludes that if the logic of Achmea were applied consistently, it would cast doubt on the legitimacy of numerous international adjudicatory bodies, thereby undermining the coherence of the EU’s relationship with international law and dispute resolution.

Introduction

The issuance of the *Slovak Republic v. Achmea B.V.*¹ (“Achmea”) judgment and the subsequent reactions by the EU Member States was a significant development for the legal community. In Achmea, the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) held that intra-EU investment arbitration was incompatible with the EU treaties. The case reached the CJEU through enforcement proceedings before a German court, which questioned the award’s compatibility with EU law. Following this, on 5 May 2020, 23 Member States signed an agreement terminating their in-

tra-EU bilateral investment treaties.² While Achmea may have seemed narrowly relevant—limited to intra-EU investment arbitration—it nonetheless raised critical questions regarding the recognition and enforcement of arbitral awards in non-EU jurisdictions. In this context, the recent ruling³ by the U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit is particularly significant, as its reasoning may influence how third states approach the enforcement of intra-EU arbitral awards.

Beyond its implications for investment arbitration, Achmea may also have broader consequences for international dispute resolution mechanisms outside the EU judicial framework. The CJEU’s reasoning rested on the idea that investment arbitration tribunals, which derive their jurisdiction from BITs—international agreements between states—necessarily apply EU law when resolving disputes arising under these treaties, thereby violating EU law. However, this logic is not unique to investment disputes. Other international tribunals, including the ICJ, frequently refer to domestic laws as interpretative tools in resolving international disputes. Similarly, in non-investment international arbitration, tribunals may rely on domestic legal principles in ways that mirror the arguments used by the CJEU to declare arbitration clauses in BITs incompatible with EU law. This raises a fundamental question: if the EU maintains other forms of international dispute resolution while rejecting investment arbitration tribunals, does Achmea create an inconsistency within the EU’s legal framework?

This article will examine the potential ramifications of Achmea beyond investment arbitration, particularly its implications for other international dispute resolution mechanisms.

¹ CJEU, *Slovak Republic v. Achmea B.V.*, Case C-284/16, Judgment of 6 March 2018.

² *Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union*, 5 May 2020, O.J. 2020 (L 169) 1, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01)) (accessed 15 April 2025).

³ U.S. Court of Appeals (D.C. Cir.), *Blasket Renewable Investments LLC v. Kingdom of Spain*, 112 F.4th 1088 (2024).

I. Exclusive Jurisdiction of the CJEU

The CJEU ensures uniform interpretation and enforcement of EU law, with the authority to annul national laws that contradict EU treaties (e.g. see Articles 218, 259, 260 of the TFEU).⁴ As the ultimate authority within the EU legal system, it ensures legal coherence. Article 344 Treaty on the Functioning of the EU (“TFEU”) prohibits Member States from resolving disputes regarding the interpretation or application of the EU Treaties through mechanisms other than those established within the Treaties themselves (see paragraph 63 of the *Opinion 1/09 on the Legality of a Unified Patent Litigation System*).⁵ The CJEU’s exclusive jurisdiction is well-established.⁶

II. The Court’s Arguments in Achmea

Achmea marked a landmark ruling in which the CJEU first established that arbitration clauses in intra-EU BITs were incompatible with EU law. While not binding on investment tribunals, this decision significantly impacted investor-state arbitration under the 196 intra-EU BITs. The CJEU held that arbitration under the Netherlands-Slovak BIT conflicted with the European legal order and was therefore inapplicable.

The Court reasoned that an arbitral tribunal constituted under a BIT could not be equated with an EU Member State court and, as a result, lacked the ability to request a preliminary ruling from the CJEU.

Effectively, it found that even when ruling on BIT violations, such a tribunal must consider the national law of the contracting state (i.e., the Member States) and other international agreements between the contracting parties, including EU law (see paragraph 40 and on). Since EU law is an integral part of each Member State’s national legal order and derives from an international agreement among them, the tribunal may be required to interpret and apply EU law. Given that the arbitral tribunal established under a treaty would inevitably interact with EU law although operating outside the EU judicial framework, that would violate

Article 344 of the TFEU, CJEU’s exclusive jurisdiction and its role in ensuring the uniform interpretation of EU law, as it lacks the authority to submit preliminary questions to the CJEU.

III. Fundamental Questions Arising from Achmea

The *Achmea* ruling gives rise to two fundamental questions. First, what does it mean for an international tribunal’s jurisdiction to overlap with that of the EU? Can it truly be said that an arbitral tribunal established under a BIT performs the functions of the CJEU and undermines its exclusive jurisdiction? Even if the substantive investment protection provisions under a BIT govern the same subject matter as EU law, does an arbitral tribunal’s adjudication amount to adjudication on EU law?

The answer to this question should be negative. If a subject matter is regulated both in EU law and an international treaty, this does not change the fact that the international treaty constitutes an independent body of norms. In this respect, an international court does not examine the domestic dimension of an international legal norm. It does not assess its domestic application within a solely domestic context. Even when examining domestic applications, it does so in relation to the international legal norm, not the domestic legal rule. It treats international law as a distinct legal order, separate from domestic law. For instance, when the ICJ reviews a state’s compliance with a treaty that it has incorporated into its domestic law, it does not analyze the treaty as a part of that state’s internal legal order but rather from the perspective of international law. Similarly, in international law, courts do not examine whether states have complied with their internal constitutional procedures for the adoption of treaties, as per VCLT Article 27.⁷ Instead, once a state has validly become a party to an international treaty following the procedures set out in that treaty, it is bound by it under international law, even if the treaty has not been fully incorporated into its domestic legal system. The fact that this happens demonstrates that international courts do not engage with the internal dimension of legal rules but rather interpret them within their international context.

This understanding has implications for the interpre-

⁴ Treaty on the Functioning of the European Union, Consolidated Version, 9 May 2008, O.J. 2012 (C 326) 47.

⁵ CJEU, *Opinion 1/09 on the Legality of a Unified Patent Litigation System*, Judgment of 8 March 2011.

⁶ D. MAESTRO, *Regulating Jurisdiction Collisions in International Law: The Case of the European Court of Justice’s Exclusive Jurisdiction in Law of the Sea Disputes*, Mich. J. Int’l L. 41/2020, p. 563 ff., available at: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2099&context=mjil> (accessed 15 April 2025).

⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, entered into force 27 January 1980, United Nations Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

tation of Article 344 TFEU. The mere fact that a matter is regulated both in EU law and an international treaty does not mean that an international dispute settlement body is adjudicating the dispute in accordance with EU law. Accordingly, Article 344 TFEU should not be interpreted in a way that prevents an international court or tribunal from adjudicating disputes under international law simply because EU law also regulates the subject.

A. Implications for International Dispute Settlement

Another question that arises is whether an investor-State arbitral tribunal violates Article 344 TFEU when it interprets substantive provisions of a BIT and, in doing so, occasionally relies on EU law as an interpretative tool or for evidence. Given that the ICJ and WTO dispute settlement bodies also occasionally refer to domestic law for the same functions, should it be concluded that they are also in violation of EU law?

International courts, even when resolving disputes strictly under international law, often engage in interpreting domestic legal provisions.⁸ This reflects the widespread practice of using national law as an interpretative tool in the application of international law.

The World Court has evolved from its initial position that domestic law is merely a fact in international law to recognizing that it can play a role in the formation and application of international legal rules. In its *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*⁹ judgment in 2013, the Court relied on a French colonial administrative order to determine the land boundary between the two states, as explicitly required by a prior agreement. This was not a direct interpretation of domestic law, but an application of colonial administrative law as mandated by the treaty. In *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy)*,¹⁰ the Court examined domestic court rulings from several European states to interpret Article 31 of the European Convention on State Immunity, particularly regarding whether state immunity applies to armed forces. While these national decisions were not treated as binding legal sources, the Court used them as tools of interpreta-

tion, persuasive support for its conclusion. In its *Aegean Sea Continental Shelf*¹¹ case in 1978, the ICJ used domestic law to interpret a multilateral treaty reservation. The case involved a dispute between Greece and Turkey over the continental shelf entitlements of Greek islands. Greece invoked a reservation in the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, which excluded disputes related to the territorial status of Greece. The Court emphasized that this reservation should be understood as two separate categories of dispute. To interpret this reservation, the Court referred to Greek domestic law (See *Judgment*¹², paragraphs 66-67), specifically the legal documents and explanatory notes (See *Aegean Sea Continental Shelf, Pleadings*, paragraph 296) from Greece's ratification of the General Act. The ICJ's reliance on Greek domestic law to understand the reservation made by Greece shows how domestic law can play a crucial role in interpreting international law, even in the context of multilateral treaties. This practice is not unique to this case but is common in international dispute resolution, where domestic laws may be referenced to clarify the intentions of states regarding international commitments.

Just like in the ICJ's use of domestic law in interpreting international law, domestic law has had a restricted influence in the reasoning of the WTO dispute settlement mechanism. Although the WTO panels and Appellate Body have consistently emphasized that the provisions of the covered agreements refer to autonomous concepts, separate from the domestic law of any individual member state, domestic law has still had a limited role in the decision-making process, often when it is raised by one of the parties involved in the dispute. For instance, in *Section 110(5) of the US Copyright Act*,¹³ the Panel utilized domestic law as evidence of the subsequent practice of states parties to a treaty. This is pertinent under Article 31(3)(b) of the Vienna Convention, as it demonstrates a "concordant, common, and consistent" series of actions that are sufficient to establish the agreement of the parties concerning the interpretation of the treaty.

The aforementioned international dispute resolution mechanisms, when adjudicating matters of international law, may rely on domestic law as a supplement-

⁸ D. PEAT, *Domestic Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, in: D. Peat/M. Tzanakopoulos (eds.), *Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals*, Cambridge 2019, p. 49 ff.

⁹ ICJ, *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment of 16 April 2013.

¹⁰ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, Judgment of 3 February 2012.

¹¹ ICJ, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment of 19 December 1978.

¹² *ibidem*.

¹³ WTO DSB, *United States – Section 110(5) of US Copyright Act*, Dispute DS160.

tary source in their legal reasoning. They interpret domestic legal facts and rules in a way that support specific claims and justifications. Whether through references to domestic law embedded in international agreements or by utilizing judicial decisions, administrative rulings, or legislation without explicit reference to domestic law, these mechanisms draw upon domestic legal sources, interpreting them to substantiate their reasoning. Indeed, since these sources are employed as instruments of justification or evidence, it becomes inevitable that they are interpreted with some degree of legal analysis.

This raises the question of whether there exists a distinction between the approaches of international courts or quasi-judicial bodies as the WTO and those of arbitral investment tribunals, particularly in their occasional recourse to domestic law when interpreting BITs.

Mechanisms for the protection of investments—ranging from Bilateral Investment Treaties (BITs) to national regulations and investment contracts—differ in the scope and nature of the substantive legal protections they afford. However, in cases where the Court of Justice of the European Union (CJEU) has found investment arbitration tribunals to be incompatible with EU law, the jurisdiction conferred upon such tribunals through arbitration clauses has consistently pertained to the substantive protections established under BITs or the Energy Charter Treaty (ECT).

In the Netherlands-Slovakia BIT,¹⁴ Article 8(6) explicitly refers to the domestic legislation of the contracting parties, stating that: “*The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account, in particular, but not exclusively: The current legislation of the Contracting Party concerned...*” However, even in such cases, the reference to domestic law within the BIT pertains to the application of the treaty’s provisions¹⁵ concerning the protection of foreign investments—namely, the substantive protections enshrined in the BIT itself. Thus, domestic law is not applied as an autonomous body of law but rather in relation to the

implementation of BIT provisions. For instance, an arbitral tribunal may need to interpret domestic legal provisions to assess whether a contracting party has complied with the Fair and Equitable Treatment (FET) standard.

In this regard, the reliance on domestic law in the context of BITs or multilateral investment instruments such as the ECT does not materially differ from the approach adopted by international courts and quasi-judicial bodies, which similarly engage with domestic law as an interpretative tool in the application of international legal standards.

Both international courts and investment tribunals use domestic legal sources to clarify treaty provisions, establish factual backgrounds, and interpret legal standards within an international framework. This functional reliance on domestic law does not equate to its direct application as an autonomous body of law. Investment tribunals, in particular, may assess domestic legal provisions to determine compliance with investment protection standards, just as international courts consider national laws to interpret state obligations under treaties.

Therefore, an arbitral tribunal’s reference to EU law does not inherently contradict Article 344 TFEU. Instead, such references serve as interpretative aids within the broader framework of international law, distinguishing them from direct adjudication under EU law. The mere use of EU law as an interpretative tool does not transform an investment dispute into an EU law dispute, nor does it undermine the coherence of the EU legal order as protected by the CJEU.

B. Implications for Non-Investment International Arbitration

Like investment arbitration tribunals, other international arbitration tribunals—such as those handling commercial or civil disputes—are not state tribunals. Consequently, in some jurisdictions, such as France, they are unable to request a priority question of constitutionality before the Constitutional Council, as established by the French Court of Cassation in a decision¹⁶ dated 28 June 2011. Furthermore, they cannot refer questions to the Court of Cassation or the Conseil d’État for transmission to higher courts.¹⁷ More

¹⁴ *Netherlands–Slovakia BIT (1991)*, Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2650/netherlands---slovakia-bit-1991-> (accessed 15 April 2025).

¹⁵ *Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, Yulchon LLC, *The Investment Treaty Arbitration Review*, 7th ed., 15 June 2022, available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=441aa2f2-935b-4c54-b6c8-f4e9f4c06eec> (accessed 15 April 2025).

¹⁶ Cour de cassation (France), Commercial Chamber, No. 10-19.331, Judgment of 28 June 2011 (unpublished).

¹⁷ *IBA Arbitration Committee Arbitration Guide – France*, updated March 2024, available at: <https://www.ibanet.org/document?id=France-country-guides-arbitration> (accessed 15 April 2025).

relevant to the *Achmea* conclusions, they lack the authority to submit preliminary questions on EU law to the CJEU just like investor-State tribunals.

This institutional limitation underscores why the reasoning in *Achmea* extends beyond investment arbitration to other forms of international arbitration. Even in non-investment disputes, an arbitral tribunal may be required to interpret and apply EU law when the applicable law governing the substance of the arbitration is a Member State's law or EU law, or when the seat of arbitration is within the EU. Despite this, such tribunals operate outside the EU judicial framework and lack access to the CJEU's interpretative guidance. Consequently, this also reinforces the argument that such arbitral tribunals violate the CJEU's jurisdictional monopoly and the principle of the uniform interpretation of EU law.

Conclusion

Achmea exposes a potential inconsistency in the EU's legal framework. If the CJEU's objection to investment tribunals is based on their incidental reference to EU law, then a comparable critique could be extended to other international tribunals that reference domestic legal systems.

Does the mere fact that investment tribunals may engage with EU law necessarily equate to them exercising interpretative authority over it in a way that undermines the CJEU's exclusive jurisdiction? If such references are made only to provide legal context, rather than to apply EU law as a governing legal order, does this truly constitute a violation of the EU's judicial monopoly? The selective rejection of investment arbitration based on this argument raises concerns about the internal coherence of the EU's legal stance. *Achmea*'s implications might risk extending – at least theoretically – beyond investment arbitration and call into question the EU's broader approach to international dispute resolution mechanisms.

Financer une société grâce aux marchés boursiers : risques et opportunités

Yannick H.D. Lambiel (MLaw, PhD Cand., Université de Fribourg)

Introduction

Les bourses¹ sont essentielles au fonctionnement de l'économie. Elles donnent aux entreprises² accès au financement par le grand public (fonds, caisses de pension, banques, assurances, autres investisseurs) et offrent des opportunités d'investissement. Le marché primaire de la bourse est composé des acquisitions d'instruments financiers nouvellement émis. Le montant payé revient aux émetteurs de ceux-ci. Les capitaux voyagent quasiment librement à travers le monde et les bailleurs de fonds sont donc partout. Le potentiel de financement est donc illimité.

Selon la théorie du financement hiérarchique (*Pecking Order Theory*), les entreprises recourent à des investisseurs seulement lorsque leur autofinancement n'est pas suffisant et préfèrent emprunter plutôt qu'augmenter leur capital³. En ce qui concerne la bourse, les modes de financement les plus courants sont l'émission de titres de participation et d'emprunts obligataires (*infra* I). Cette contribution aborde les conditions de la levée de capitaux sur les marchés boursiers (*infra* II) et les éléments financiers et juridiques à prendre en considération entre ces deux modes de financement (*infra* II et III).

I. Les modes de financement en bourse

A. Le financement par fonds propres

En contrepartie d'un apport en espèces versé par les primo-acquéreurs (art. 633 CO), une société peut émettre en bourse des actions (art. 622 ss CO) ou des bons de participation (art. 656a ss CO). Il peut s'agir d'une introduction en bourse (*Initial Public*

Offering ou IPO) ou d'une levée de fonds subséquente. Ces deux types de titres sont rémunérés sous forme de dividendes (art. 675 *cum* art. 660 al. 1 et 656a al. 1 CO). À la différence des actions, les bons de participation sont dénués de droit de vote (art. 656a al 1 et 2 CO).

Les bons de jouissance confèrent aussi un droit au dividende (art. 657 al. 2 CO), mais il est interdit de les émettre contre un apport, car ils n'ont pas de valeur nominale (art. 657 al. 3 CO). Il n'est donc pas possible de les émettre en bourse. Ils peuvent toutefois servir d'incitatif ou de moyen de fidélisation pour certains investisseurs.

B. Le financement par fonds étrangers ou hybride

La bourse permet également de se financer par l'émission d'obligations (*Bonds*), qui sont des parts d'un emprunt global (art. 312 ss CO). Standardisées, ces parts ont toutes les mêmes caractéristiques (art. 3 lit. a ch. 7 LSFIn), qui sont choisies par le débiteur⁴. Ce moyen de financement, qui n'est pas uniquement réservé aux entités publiques (*Government / Sovereign Bonds*), est aussi disponible pour les sociétés (*Corporate Bonds*)⁵. Il s'agit de titres de créance, soit tout instrument financier dont le rendement n'est pas un dividende (art. 3 lit. a ch. 2 LSFIn). Le rendement versé consiste dans un coupon (intérêt), qui est souvent plus avantageux pour l'entreprise que les intérêts d'un crédit bancaire⁶. Le financement peut aussi être structuré au moyen d'un intermédiaire, qui prête à la société et couvre ce risque en émettant lui-même des obligations (*Loan Participation Notes*)⁷.

Un emprunt peut être assorti d'un droit de conversion, qui appartient soit à l'investisseur (*Convertible*)⁸,

¹ En Suisse : SIX Swiss Exchange (la plus importante, 3^{ème} bourse en Europe), SIX Digital Exchange, BX Swiss, ainsi que la bourse *blockchain* BX Digital.

² Nous nous intéressons ici aux entreprises commerciales, à l'exclusion des banques et autres établissements financiers pour lesquels la loi fixe des exigences de fonds propres spéciales.

³ S. MYERS/N. MAJLUF, *Corporate Financing and Investment Decisions When Firms Have Information The Investors Do Not Have*, working Paper no 1396, Journal of Financial Economics 1984, pp. 2, 6 et 31 ; I. WELCH, *Corporate Finance*, 5^{ème} éd., Los Angeles 2022, p. 600.

⁴ Elles sont non-négociables. En pratique, l'émetteur choisira des caractéristiques appropriées aux investisseurs qu'il cible, tout en évitant de stipuler des conditions trop désavantageuses pour lui.

⁵ J. CHEN, *Corporate Bonds: Definition and How they're Bought and Sold*, Investopedia, 6 mai 2024.

⁶ L. SMITH, *Why Companies Issue Bonds*, Investopedia, 31 octobre 2021.

⁷ J. MERHAI/A. RICHA/N. BÉGUIN, *Les instruments financiers*, Bâle 2021, n° 214.

⁸ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 208.

soit au débiteur (*Reverse Convertible*)⁹. Son exercice annule les obligations et provoque leur remplacement par des titres de participation¹⁰. Une obligation à option (*Warrant Bond*) confère quant à elle, sans qu'elle ne soit détruite, le droit d'acquérir des titres de participation à des conditions prédéterminées¹¹. À noter que l'option peut être négociée individuellement¹². Ces modes de financement hybrides doivent être prévus dans les statuts, car il s'agit de capital conditionnel (art. 653 ss CO)¹³. Par conséquent, les règles sur l'émission de titres de participation s'appliquent (art. 3 lit. a ch. 1, 2nd cas LSFIn).

II. L'énorme potentiel du financement en bourse

A. Le prix d'émission et la valeur nominale

Le capital-actions, le capital-participations et les dettes sont inscrits au bilan à leur valeur nominale. En pratique, leur prix d'achat/vente s'en écarte (et de loin sur les marchés boursiers).

SIX Swiss Exchange exige que la levée de fonds propres atteigne au moins CHF 25 millions au prix d'émission (art. 19 RC-SIX)¹⁴. Ce dernier ne peut pas être inférieur à la valeur nominale (art. 624 al. 1 CO). L'objectif est d'engranger davantage que la valeur nominale, *i.e.* une prime d'émission (*agio*) (art. 671 al. 1 ch. 1 CO)¹⁵. Définir correctement le prix d'émission est primordial, car il faut maximiser la demande des investisseurs et éviter un manque à gagner causé par des mouvements de marché brusques¹⁶. Pour ce faire, la société fait la tournée des grands investisseurs potentiels (*Roadshow*) pour récolter des offres

(*Bookbuilding*)¹⁷. Recourir aux titulaires de droit de souscription préférentiels (art. 652b CO) peut s'avérer utile, notamment.

S'agissant des obligations, le montant levé doit atteindre au minimum CHF 20 millions en valeur nominale (art. 10 RCE-SIX). Contrairement aux participations, elles peuvent être émises à un prix supérieur, égal ou même inférieur à la valeur nominale¹⁸. L'écart est néanmoins rarement plus grand que quelques pourcents, au contraire des participations¹⁹.

Il est possible d'émettre simultanément différents types de participations (p.ex. actions ordinaires, privilégiées, à droit de vote privilégié), lesquelles peuvent en outre être nominatives ou au porteur lorsqu'elles sont cotées (art. 622 al. 1^{bis} CO). L'emprunt peut aussi être segmenté en plusieurs catégories de valeur nominale différente afin de cibler des capacités de placement diverses²⁰. Dans tous les cas, en présence de plusieurs catégories de titres, chacune sera émise à un prix différent car elles n'ont pas les mêmes caractéristiques juridiques et économiques.

B. Le coût du financement

En premier lieu, la société doit choisir si elle veut recourir aux marchés boursiers. Cas échéant, elle choisit la bourse pertinente au regard de la réglementation, de l'endroit où le financement maximal pourra être trouvé, et d'autres facteurs casuistiques. Enfin, elle choisit le mode de financement approprié. Auprès d'une bourse suisse, elle doit choisir une forme adaptée pour que ses titres soient qualifiés de valeurs mobilières (art. 3 lit. b LSFIn *cum* art. 2 lit. b LIMF) : papiers-valeurs (art. 965 ss CO), droits-valeurs simples ou inscrits (art. 973c ss CO), ou titres intermédiés (art. 3 LTI). Ils doivent aussi être préalablement cotés (art. 2 lit. *cum* art. 26 lit. b LIMF), *i.e.* approuvés par la bourse selon les conditions de son règlement de cotation (art. 35 al. 1 LIMF *cum* art. 9-26 RC-SIX et art. 4-28 RCE-SIX)²¹.

La société, en tant qu'émettrice (art. 3 lit. f LSFIn), présente une offre au public (art. 3 lit. h LSFIn *cum* art. 3 al. 7 OSFin) qui doit être contractuellement ferme et

⁹ C. LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Zürich 2008, Chap. XXIV, n° 29.

¹⁰ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 212.

¹¹ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 31 ; MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 212.

¹² P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich 2022, §2 n° 125.

¹³ CR CO II-ZEN-RUFFINEN/GUEX, Bâle 2024, art. 653 CO n° 16.

¹⁴ S. MARBACHER, in : Baker&McKenzie (édit.), *The SIX Swiss Exchange Listing Rules*, Berne 2014, art. 19 RC-SIX n° 15.

¹⁵ W. STOFFEL, in : R. BAHAR/D. CANAPA/I. CHABLOZ/O. HARI/R. TRIGO TRINDADE, *Modernisation du droit de la SA du 19 juin 2020*, CEDIDAC, Berne 2024, p. 191.

¹⁶ A. GANTI, *Bookbuilding*, Investopedia, 29 septembre 2020 ; F. ROCHAT, *La protection de l'investisseur dans les tours de financement : questions choisies*, in : D. Gericke (édit.), *A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen*, EIZ 8. Tagung zu Private Equity, Zürich 2022, p. 46.

¹⁷ J. PONCIANO, *What a Roadshow Is and How It Creates a Successful IPO*, Investopedia, 17 avril 2025.

¹⁸ Un prix inférieur à la valeur nominal permet d'augmenter l'attractivité de l'émission pour les investisseurs.

¹⁹ A. HAYES, *Bond Valuation: Calculation, Definition, Formula, and Example*, Investopedia, 31 août 2024.

²⁰ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 14.

²¹ SIX, *IPO Guide*, 2023, p. 30 ; SIX, *Bond Listing Guide*, 2022, p. 9.

accompagnée d'informations suffisantes (art. 3 lit. g LSFIn *cum* art. 3 al. 5 et al. 6 *a contrario* OSFin). Cette obligation est concrétisée par la validation d'un prospectus par l'organe de contrôle de la bourse (art. 51 ss LSFIn)²², qui sera ensuite publié (art. 35 *cum* art. 64 LSFIn). Il s'agit d'un document informatif détaillé sur l'émetteur, les valeurs mobilières et les modalités de l'offre (art. 40 al. 1 lit. a-c LSFIn). Une feuille d'information de base doit aussi être publiée (art. 58 ss LSFIn).

Une société ne saurait procéder seule à l'émission, car cela suppose un processus lourd²³. Elle doit s'entourer de représentants agréés par la bourse (art. 58a RC-SIX)²⁴. Les avocats et les sociétés d'audit exigent des honoraires, tandis que les banques d'investissement prélèvent une commission proportionnelle à la valeur de l'émission. La société doit aussi mandater un dépositaire des titres, une contrepartie centrale et un service de paiement, lesquels rendent techniquement possible l'exécution des transactions boursières (*Clearing et Settlement*)²⁵.

Le financement par fonds propres ou convertibles requiert une augmentation de capital, et par conséquent la modification des statuts de la société. Cela peut engendrer des frais d'organisation d'une AG, seule décisionnaire en la matière (art. 698 al. 2 ch. 1 CO)²⁶, des frais de notaire et des émoluments du registre du commerce (art. 626 al. 1 ch. 3 et 4 *cum* art. 647 CO). En outre, un droit de timbre de 1% frappe toute émission de participations (mais pas de titres de créance), généralement colossal au vu des montants levés (art. 5 al. 1 lit. a *cum* art. 8 al. 1 lit. a LT).

III. Balancer la rémunération et le risque

A. Le cours boursier et le rendement

L'investisseur doit être dédommagé pour compenser la privation du capital qu'il fournit et pour couvrir le risque de le perdre²⁷. Les participations ne peuvent être rémunérées que par le versement de dividendes, jamais par intérêt (art. 675 al. 1 et 2 CO). Liés à la performance, ils peuvent être très élevés ; ils sont

inexistants en cas d'exercice déficitaire ou lorsque le bénéfice doit être intégralement alloué aux réserves (art. 675 al. 3 CO). Un excédent de réserve peut néanmoins servir à verser des dividendes, indépendamment du résultat (art. 675 al. 2 et 3 CO)²⁸. Lorsqu'un dividende est possible, l'AG doit en approuver le principe et, cas échéant, le montant (art. 675 al. 2 *cum* art. 698 al. 2 ch. 4 et 5 CO).

Le modèle de base d'une obligation (*Straight Bonds*) prévoit une rémunération régulière, sous forme de coupon, déterminée par un taux d'intérêt fixe ou variable (*Floating Rate*) appliqué à la valeur nominale²⁹. Un taux flottant, en principe indexé sur un taux de référence (p.ex. SARON, EURIBOR)³⁰, ne connaît généralement que des fluctuations faibles³¹. Des agences de notation (p.ex. Moody's, Standard&Poor's, Fitch) ont le mandat des émetteurs³² d'attribuer, en toute indépendance³³, une note à l'obligation pour son risque (*Rating*), déterminante pour le taux³⁴. Une société peu fiable peut donc émettre des obligations, mais le taux sera élevé pour compenser le risque (*Junk Bonds*)³⁵. L'éventuel droit de conversion modifie aussi le taux : celui des *Convertibles* est faible car le titulaire de l'obligation peut exercer ce droit à discrétion³⁶ ; celui des *Reverse Convertibles* est plus élevé car ce droit revient à la société³⁷. Il est aussi possible de jouer sur les effets de change en libellant le prix d'émission et les coupons dans une devise et le remboursement dans une autre (*Dual Currency Bonds*)³⁸.

Les obligations ont une date de maturité à laquelle elles sont remboursées (art. 318 CO). Dans un objectif marketing, la société peut prévoir une prime de remboursement en plus de la valeur nominale. Il s'agit d'ailleurs de l'unique source de rendement d'une obligation sans coupon (*Zero Bonds*)³⁹. En revanche, le capital social ne peut pas être remboursé (art. 680 al. 2 CO). Les seules exceptions consistent à liquider la

²² SIX Exchange Regulation SA pour SIX Swiss Exchange.

²³ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 38.

²⁴ SIX, *IPO Guide*, 2023, p. 8 ; SIX, *Bond Listing Guide*, 2022, p. 7.

²⁵ MARBACHER (n. 14), art. 23 RC-SIX n° 1 ss.

²⁶ Sauf lorsque le CA fait usage de la marge de fluctuation prévue dans les statuts (art. 653s ss CO).

²⁷ ATF 145 III 241, c. 3.3.

²⁸ Cela peut arriver lorsque la société est cotée et veut soutenir ou relancer son cours de bourse.

²⁹ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 202.

³⁰ ATF 145 III 241, c. 3.5.1.

³¹ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 195.

³² LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 49.

³³ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 50.

³⁴ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 51 s.

³⁵ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 8), n° 211.

³⁶ L'objectif est d'exercer la conversion lorsque le cours des participations est élevé afin de réaliser une plus-value immédiate : LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 26.

³⁷ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 30.

³⁸ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 206.

³⁹ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 205.

société (art. 736 ss CO), réduire le capital (art. 653j ss CO), faire un *squeeze-out* après OPA (art. 137 LIMF) ou un rachat de titres propres (art. 659 ss CO)⁴⁰. La loi autorise néanmoins le versement sous forme de dividendes des réserves facultatives (art. 673 al. 3 CO) et de l'excédent des réserves légales (art. 671 al. 2 CO et art. 672 al. 3 CO).

Les porteurs des valeurs mobilières ont le droit de les vendre et de les racheter, en bourse (*Exchange Markets*) ou hors bourse (*OTC Markets*). Le cours d'une obligation, correspondant à la somme actualisée des coupons futurs, reflète la valeur actuelle du rendement total dans le temps⁴¹. On l'exprime en pourcent de la valeur nominale⁴². Le cours des titres de participation correspond aussi à la valeur actualisée de leur rendement futur, selon le modèle basique de GORDON / SHAPIRO, mais il est incertain. Basé sur divers facteurs (p.ex. économiques, conjoncturels, émotionnels, etc.), il est par nature plus volatile et aléatoire (risqué)⁴³. Le cours boursier n'a aucun effet direct pour la société. Néanmoins, une hausse peut lui être avantageuse lors d'une levée de capitaux propres ultérieure, qui se fera au prix du moment. En revanche, une baisse trop importante du cours des actions expose la société à des risque de prise de contrôle (art. 125 ss LIMF).

Fiscalement, les obligations sont des fonds étrangers, qui échappent donc à l'impôt cantonal sur le capital (art. 29 al. 1 LHID *a contrario*), et les intérêts sont des charges qui réduisent le bénéfice de l'émetteur, imposé à 8.5% au niveau fédéral (art. 57 *cum* art. 68 LIFD). Les dividendes sont en revanche prélevés après le calcul du bénéfice, donc ils ne diminuent pas l'impôt.

Pour les investisseurs, dividendes, coupons et prime de remboursement sont en principe amputés d'un impôt anticipé de 35% (art. 4 al. 1 lit. a-b *cum* art. 13 al. 1 lit. a LIA). Quant aux plus-values, elles sont imposées lorsqu'elles découlent de la fortune professionnelle d'une personne physique (art. 16 al. 3 LIFD *a contrario*) ou entrent dans le bénéfice d'une personne morale (art. 57 LIFD).

⁴⁰ CR CO II-J.L. CHENAUX/A. GACHET, art. 680 CO n° 38.

⁴¹ A. HAYES (n. 19).

⁴² A. BONDAIN, *Investissement : comprendre les obligations et le marché obligataire*, Zonebourse, 2 novembre 2023 ; J. CHEN, *Bond Quote: Definition, How to Read for Trading, and Example*, Investopedia, 17 octobre 2023.

⁴³ P.ex. l'adoption d'une politique de droit de douanes par les USA a causé beaucoup d'incertitude et les marchés se sont momentanément effondrés.

B. Les risques de défaillance de la société

Une bonne gouvernance implique de surveiller la situation financière (art. 716a ch. 3, 6 et 7 ; art. 717 CO)⁴⁴. Le marché scrute en outre les entreprises qui ont des participations cotées, car leurs états financiers sont publiés au minimum chaque semestre (art. 50 RC-SIX)⁴⁵. Des obligations de transparence supplémentaires existent, y compris lorsque seules des obligations sont cotées (art. 52 ss RC-SIX, art. 29 RCE-SIX).

La société doit veiller à ne pas tomber en perte de capital (art. 725a al. 1 CO). La situation est encore plus grave en cas de surendettement car, lorsque la perte est supérieure aux fonds propres, les dettes ne sont plus couvertes (art. 725b al. 1 CO). Sans plan d'assainissement viable, la société surendettée sera déclarée en faillite (art. 725b al. 3 et 4 CO *cum* art. 192 LP).

Les obligations sont des contrats ; les participations des parts de copropriété. Cette distinction a une incidence sur plusieurs plans. En cas de faillite, les créanciers obligataires sont colloqués en 3^{ème} rang (art. 219 al. 4 LP)⁴⁶, tandis que les porteurs de parts sont désintéressés en dernier, s'il reste encore des liquidités (art. 745 al. 1 CO). Contrairement aux dividendes, aléatoires par nature (*supra* III/A)⁴⁷, les coupons sont toujours dus, sauf faillite (art. 209 al. 1 LP) ou sursis concordataire (art. 297 al. 7 LP). Dans ces cas, la bourse suspend la cotation (art. 57 RC-SIX), voire la supprime (art. 58 al. 1 ch. 2 RC-SIX), afin de protéger le marché.

Il existe plusieurs moyens pour assainir la société. Les obligations émises avec une clause de subordination (*Subordinated Bonds*) seront remboursées après tous les autres créanciers⁴⁸, permettant ainsi de les assimiler à des fonds propres lors du calcul du surendettement⁴⁹ ; plus risquées de ce fait, leur taux sera plus élevé⁵⁰. Il est également possible d'exercer la clause de conversion, transformant effectivement des dettes en capitaux propres⁵¹. Cependant, l'exercice d'une option attachée à une obligation n'a pas d'effet

⁴⁴ ATF 132 III 564, c. 5.1.

⁴⁵ Cela dit, des manipulations comptables restent possibles (p.ex. affaire Enron aux USA).

⁴⁶ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 8), n° 203 ; SwissBanking, *Risques inhérents au commerce d'instruments financiers*, novembre 2019, p. 23.

⁴⁷ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 195.

⁴⁸ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 207.

⁴⁹ CR CO II-H. PETER/G. NERI-CASTRACANE, art. 725b CO n° 44.

⁵⁰ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 207.

⁵¹ LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 28.

direct sur le bilan de la société⁵².

Conclusion

Pour une société solide, se financer par emprunt obligataire est intéressant. Les coupons sont inférieurs aux dividendes qu'elle pourrait verser. Les créanciers n'ayant pas de droit de vote, la société ne concède aucun contrôle⁵³. Cela dit, si sa santé financière devait se détériorer, des éventuels droits de conversion permettent de rétablir l'équilibre fonds propres/étrangers. À l'inverse, en cas de bénéfice insuffisant ou de difficultés, il peut être plus avantageux d'émettre des titres de participation. La société réduit ses risques d'insolvabilité, de perte de capital ou de surendettement (art. 725 ss CO), car le dividende est maigre ou nul et il n'y a pas de droit au remboursement (art. 680 al. 2 CO).

Selon la théorie du portefeuille efficient de MARKOWITZ, les investisseurs rationnels ne décident que sur la base de la rentabilité espérée et sur le risque⁵⁴. Ils sont averses au risque : à rendement égal, ils préfèrent l'actif le moins risqué, et à risque égal l'actif le plus rentable. Chaque investisseur ayant un profil différent, il convient à chacun de constituer un portefeuille d'actifs financiers approprié.

D'une part, la structure du financement, obtenu en bourse ou non, doit maximiser le volume levé et réduire les coûts et les risques. D'autre part, il faut intéresser un maximum d'investisseurs, surtout au vu des montants potentiels en jeu lorsque l'on a recours aux marchés boursiers. En conclusion, il faut opter pour des équilibres judicieux entre fonds propres et fonds étrangers et balancer les intérêts de la société et ceux des apporteurs de capitaux.

⁵² LOMBARDINI (n. 9), Chap. XXIV, n° 31.

⁵³ MERHAI/RICHA/BÉGUIN (n. 7), n° 198.

⁵⁴ M-H. BROIHANNE/M. MERLI/P. ROGER, *Théorie comportementale du portefeuille : intérêt et limites*, Revue économique 2/2006 vol. 57, p. 297 ss.

Jacquemoud
Stanislas
Attorneys at Law



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 mit LawInside

Interview croisée pour célébrer ses 10 ans

**Alborz Tolou**

2013	Bachelor of Law (BLaw), Université de Fribourg
2015	Master of Law (MLaw), Université de Fribourg
2017	Ph.D. (Dr. iur), Université de Fribourg
2017	Master of Laws (LL.M.), Harvard Law School
2017-2019	Avocat, Cravath, Swaine & Moore, Londres
Dès 2019	Avocat, Kirkland & Ellis, New York
Dès 2023	Partenaire, Kirkland & Ellis, New York

**Célian Hirsch**

2013	Bachelor of Law (BLaw), Université de Fribourg
2015	Master of Law (MLaw), Université de Zurich
2023	Ph.D. (Dr. iur), Université de Genève
Dès 2024	Chercheur Postdoc, Georgetown Law Center
Dès 2024	Chercheur affilié, Centre de droit bancaire et financier, Université de Genève
Dès 2025	Chercheur, Stanford Law School

**Simone Schürch**

2013	Bachelor of Law (BLaw), Université de Fribourg
2015	Master of Law (MLaw), Université de Zurich
2016-2019	Avocat stagiaire / Avocat, Lenz & Staehelin, Genève
2019-2021	Avocat, Homburger, Zurich
2023	Master of Laws (LL.M.), UC Berkeley
Dès 2025	Senior Legal Counsel, Cardano Foundation, Zurich

**Camille de Salis**

2017	Bachelor of Arts (BA), Université de Lausanne
2020	Bachelor of Law (BLaw), Université de Fribourg
2022	Master of Law (MLaw), Université de Fribourg
2022-2023	Greffière ad hoc, Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois
2023-2024	Avocate-stagiaire, Lenz & Staehelin, Genève
Dès 2025	Assistante-doctorante, Université de Fribourg

I. Parcours académique

Vous avez tous étudié le droit à l'Université de Fribourg. En quoi cette expérience a-t-elle marqué et façonné votre vision du droit ?

Schürch : En tant que Tessinois, le début de mes études était très dur. J'ai été donc un peu marqué par la masse de travail nécessaire pour couvrir le *gap* linguistique – mais cela en valait clairement la peine ! L'autre chose qui m'a marqué, c'est la richesse du bilinguisme pour la formation juridique en Suisse, qui est unique à Fribourg et qui m'a accompagné tout au long de ma carrière, vu que j'ai travaillé à Genève et que je travaille et habite maintenant à Zurich.

La richesse du bilinguisme pour la formation juridique en Suisse, qui est unique à Fribourg (...).

de Salis : Je retiendrai la *Fribourg Connection*. De plus, le fait d'étudier dans une faculté où nous sommes relativement peu permet des échanges facilités avec les professeur(e)s et les assistant(e)s. La Fribourg Connection perdure au-delà des études, lorsqu'on rencontre ou retrouve d'ancien(ne)s "Fribourgeois(es)" dans d'autres villes, dans le cadre professionnel.

Hirsch : Plus que le rapport aux professeurs, c'est aussi le contact entre étudiants. Dans les plus grandes universités, les étudiants ne se connaissent pas aussi bien entre eux. À Fribourg, on se rencontre et on devient amis.

Plus que le rapport aux professeurs, c'est aussi le contact entre étudiants.

En repensant au début de vos études, quels conseils auriez-vous souhaité recevoir pour mieux aborder votre parcours ?

Tolou : Un des conseils que je donnerai à quelqu'un qui commence ses études maintenant, c'est d'être ambitieux, vraiment. Essayer de se dépasser, d'obtenir les meilleures notes possibles et de bien étudier les différentes matières. Il ne faut pas avoir peur d'assumer ses ambitions et il faut avoir pour objectif le succès académique.

de Salis : Avec le recul, j'aurais aimé saisir dès le début l'importance de comprendre les principes fondamentaux plutôt que de me perdre dans des détails. Les bases doivent être solides avant de pouvoir profiter des subtilités.

Selon vous, quelle est la compétence la plus sous-estimée, mais essentielle pour un-e futur-e avocat-e ?

Schürch : La résilience et la résistance. J'entends par la première la capacité de s'adapter au changement, de se renouveler, de rester à jour, etc. S'agissant de la deuxième, l'avocature est un métier très usant sur la durée. Il faut tenir le coup et il faut, je pense, maîtriser ses efforts dans une perspective de longue durée.

Tolou : Dans le même sens, je dirais l'endurance tant mentale que physique, parce que c'est un travail qui est prenant et exigeant. Il faut aussi avoir une forme de confiance en soi qu'il faut constamment cultiver et renforcer. Le plus important reste pour moi l'expérience et celle-ci vient avec le travail.

(...) Je dirais l'endurance tant mentale que physique, parce que c'est un travail qui est prenant et exigeant.

Quels conseils donneriez-vous aux étudiant-e-s qui hésitent entre une carrière académique et une carrière dans l'avocature ?

Tolou : Je leur dirais d'observer une personne qui les inspire en tant qu'avocat(e) et d'une personne qui les inspire en tant que professeur(e) et de se demander au long terme lequel de ces deux quotidiens professionnels ils ont envie d'avoir. Il est aussi important d'être lucide sur ses points forts et faibles – il vaut mieux être un bon avocat qu'un professeur médiocre (ou l'inverse).

Hirsch : Mon conseil, c'est de d'abord faire un stage d'avocat avant de se lancer dans la thèse. Durant le stage, tu peux comprendre en quoi consiste la pratique du métier d'avocat. Ensuite, selon le plaisir que tu as eu, tu peux envisager ou non la carrière académique. La thèse, c'est juste quelques années, mais ce n'est pas parce que tu rédiges une thèse que tu es bloqué dans la carrière académique. On est dans un métier qui permet de passer de la vie académique à la pratique d'avocat, sans aucun problème.

II. La création et l'impact de LawInside

Quelles ont été vos motivations initiales pour fonder LawInside ? Comment s'est déroulée la création de la plateforme et quels défis avez-vous rencontrés ?

Tolou : Je résumais les arrêts du TF pour moi-même à chaque fois qu'ils sortaient dans mon bloc-notes personnel. Je le faisais régulièrement quand j'étais étudiant en première année de Master et je discutais de ces arrêts avec Célian. En février 2015, j'ai suggéré à Célian d'ouvrir un site internet pour commencer à publier les résumés plutôt que de les garder pour nous et on a proposé à Simone de nous joindre. On a très rapidement eu beaucoup de lecteurs, notamment parmi les étudiants. Notre premier défi était d'agrandir notre équipe en recrutant de nouveaux contributeurs qui avaient la même vision que nous et le même intérêt pour les arrêts et, aussi, qui avaient étudié à Fribourg.

Schürch : L'un des défis principaux sur la durée est d'assurer la qualité. Tout au début, on passait beaucoup de temps sur les arrêts. Ensuite, une certaine routine s'installe, et l'on peut facilement passer à côté d'éléments importants dans le raisonnement du Tribunal fédéral. C'est quand on pense avoir bien compris le message d'un arrêt que par la relecture croisée et la réflexion on saisit les subtilités et les nuances. De plus, nous essayons toujours de présenter les raisonnements de la façon la plus simple et la plus compréhensible possible pour le lecteur. Cela prend du temps et des énergies, mais c'est à mon avis ce qui distingue notre façon de résumer des arrêts.

C'est quand on pense avoir bien compris le message d'un arrêt, que par la relecture croisée et la réflexion on saisit les subtilités et les nuances.

Quel rôle souhaitez-vous que LawInside joue dans la formation des étudiant-e-s et des jeunes juristes ?

de Salis : L'idéal serait ce réflexe, à partir du moment où on a un ATF 141 ou 142, de mettre directement la référence de l'arrêt avec LawInside dans le moteur de recherche. Cette habitude peut s'avérer utile, tant pour les étudiant(e)s que pour les praticien(ne)s, en permettant de vérifier rapidement si un résumé de

l'arrêt est déjà disponible sur la plateforme..

Hirsch : Je trouvais que c'est un très bon moyen de garder une vue d'ensemble de la récente jurisprudence. En effet, plus les années s'écoulent, plus on devient un spécialiste. Or, l'avocat qui peut faire des ponts entre son domaine de spécialisation et les autres est d'autant plus compétent. Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs que l'avocat doit connaître à tout le moins la jurisprudence publiée.

LawInside est aujourd'hui une référence pour de nombreux étudiant-e-s et praticien-ne-s. Comment percevez-vous cet impact ? Quels retours vous ont particulièrement marqués ?

Hirsch : Un étudiant nous avait écrit peu après le lancement. Il avait étudié à Fribourg et passait justement le brevet d'avocat à Genève, qui permet d'avoir accès à Internet. Après son examen, il nous a directement contacté pour nous remercier. En effet, LawInside avait résumé un arrêt récent en allemand qui est tombé au brevet. C'était assez cool de se dire, qu'alors qu'on était encore étudiants, que LawInside lui a permis facilement de trouver la bonne réponse lors de son examen du brevet.

C'était assez cool de se dire, qu'alors qu'on était encore étudiants, que LawInside lui a permis facilement de trouver la bonne réponse lors de son examen du brevet.

Schürch : Lorsque nous avons interviewé le Juge fédéral Bovey pour les 3 ans de LawInside, il avait notamment parlé du fait qu'il consulte LawInside régulièrement. C'était évidemment quelque chose de très gratifiant pour nous.

Tolou : Lorsqu'on a lancé LawInside, il n'y avait pas vraiment de blog juridique en Suisse romande et on a dès lors proposé un format nouveau. Par la suite, des universités et d'autres praticiens et étudiants ont lancé leur propre blog juridique pour résumer et commenter des arrêts du Tribunal fédéral, mais peu de blog juridique couvre autant de domaine du droit comme le notre.

Comment voyez-vous l'évolution de LawInside depuis sa fondation ? Comment imaginez-vous LawInside dans dix ans, en 2035 ?

Tolou : On a commencé en ne faisant que des résumés d'arrêts, sans analyses juridiques. On a par la suite commencé à faire des rétrospectives, notamment dans le but de faciliter la préparation des examens du barreau pour les candidats. Après les rétrospectives, on a décidé de rajouter un chapeau sur chaque résumé afin de proposer un très bref aperçu du contenu de chaque arrêt. Maintenant, on se focalise beaucoup sur les notes et analyses juridiques et je pense que, dans le futur, on veut continuer à améliorer la qualité de nos analyses et partager notre expérience d'avocat praticien avec les lecteurs.

Selon vous, quel est l'avenir du commentaire d'arrêt en ligne par rapport aux publications académiques traditionnelles ?

de Salis : Tout d'abord, certaines plateformes et commentaires en ligne présentent l'avantage d'être gratuits et accessibles sans inscription ni abonnement. Cela participe à une certaine démocratisation du droit. Ensuite, nous nous efforçons généralement de publier nos résumés peu de temps après la sortie des arrêts, ce qui permet une immédiateté plus grande qu'une publication académique traditionnelle. Enfin, à une échelle plus large, des plateformes comme LawInside ont le mérite d'intégrer des étudiantes et des étudiants.

[D'être gratuit et accessible sans inscription] participe à une certaine démocratisation du droit.

Hirsch : LawInside propose rapidement un résumé afin d'être dans l'actualité. En revanche, une contribution doctrinale, pour qu'elle soit de qualité, nécessite un certain temps de réflexion. Elle doit procéder à une analyse approfondie qui ne peut, par définition, pas être dans l'actualité. Je pense que les réactions rapides et celles plus approfondies sont complémentaires. En effet, à partir du moment où l'arrêt sort, il a directement un impact juridique. Il doit ainsi être connu. Il est aussi nécessaire à plus long terme de savoir si ce nouvel arrêt consiste en une bonne solution et, de manière plus large, dans quelle mesure les praticiens ont bien assimilé sa portée. C'est pour ça qu'en plus des

blogs d'arrêts, on continue à avoir tout autant, voire plus de contributions doctrinales, comme le fait d'ailleurs *Quid?* à venir enrichir la doctrine.

Quel arrêt avez-vous préféré résumer ?

de Salis : L'arrêt Jann Zwicker c. Suisse de la CrEDH qui condamne à nouveau la Suisse par rapport au *dies a quo* du délai absolu de prescription pour les dommages dus à l'amiante. Je pense aussi au résumé de l'ATF 150 I 39 sur le principe de la légalité et les prestations en espèces en tant que mesure disciplinaire, qui visait les étudiants de l'Université de Zurich.

Tolou : Le tout premier résumé sur LawInside – un résumé de deux paragraphes publié le 2 mars 2015 sur la prescription de l'enrichissement illégitime et l'art. 141^{bis} CP. Ce n'est pas forcément mon sujet favoris, mais ça a lancé la machine LawInside !

Hirsch : Le résumé LawInside n° 998, dans lequel LawInside a été cité par le TF. C'était en plus un sujet qui m'a passionné durant de nombreuses années (et le sujet de mon premier article de doctrine).

Schürch : J'avais trouvé très intéressant l'arrêt SIKa rendu par le Kantonsgericht zougais, sur lequel j'avais passé pas mal de temps.

III. Evolution des pratiques juridiques

Selon vous, quels sont les domaines du droit les plus porteurs aujourd'hui ?

Schürch : Je pense tout ce qui touche aux nouvelles technologies et à la digitalisation. Il ne s'agit pas seulement des aspects juridiques, mais aussi de la connaissance du fonctionnement de ces technologies. Elle sera indispensable dans beaucoup de domaines du droit (y compris en contentieux) par le simple fait de l'omniprésence de la technologie dans nos vies.

Tolou : Je dirais probablement tout ce qui est transactionnel, p.ex. M&A (ndlr : *Mergers & Acquisitions*) ou, en Suisse, probablement droit fiscal. Je ne pense pas que les questions de digitalisations, AI, etc. seront des domaines sur lesquels un avocat puisse développer une réelle pratique stable et durable. Il me semble que ces questions feront plus l'objet de recherche académique et de travail législatif.

Si, par l'effet d'un coup de baguette magique, vous pouviez modifier à votre guise le droit, suisse ou international, que changeriez-vous ?

de Salis : J'introduirais un droit à la déconnexion dans la Loi sur le travail. Ce droit viserait à protéger les employés par la mise en place, par exemple, de mesures technologiques leur garantissant qu'ils ne soient pas obligés de répondre à des messages ou de consulter leurs mails à toute heure, que ce soit en soirée ou pendant la nuit. Bien entendu, ce droit pourrait faire l'objet d'exceptions, notamment en fonction des spécificités des domaines de travail.

Schürch : J'inscrirais dans toutes les constitutions du monde un droit à un État de droit - c'est aussi élémentaire qu'important.

Hirsch : Cela fera plaisir au Professeur Pichonnaz, vu que le Parlement a un problème avec : c'est d'introduire les *class actions* en Suisse !

(...) introduire les class actions en Suisse !

Avez-vous déjà été surpris par la manière dont certaines décisions de justice ou évolutions législatives ont été perçues dans le monde académique par rapport au monde professionnel ?

Schürch : Oui, plusieurs fois. Je me rappelle en particulier de la jurisprudence liée au changement entre études et aux conflits d'intérêts. En deux mots, en cas de changement d'étude, si la nouvelle étude est impliquée dans un cas sur lequel également l'ancienne étude était active, il y a maintenant un fort risque que la nouvelle étude doive lâcher le mandat ou refuser le candidat(e). Cela pose des problèmes majeurs aux grandes études et aux candidats, sans compter les tensions au niveau du secret professionnel car les candidats risquent de devoir partager dans le processus de recrutement une liste des mandats dans lesquels ils étaient impliqués au sein de leur étude.

Comment évaluez-vous l'impact de la technologie, en particulier de l'intelligence artificielle, sur la pratique ? Est-ce une menace pour la profession d'avocat-e ?

Schürch : Je me demande comment les jeunes professionnels, stagiaires et avocats, vont se former. C'est inévitable que certaines tâches qui sont actuellement en leurs mains seront effectuées dorénavant par des outils informatiques. Ce n'est pas forcément un mal, mais c'est un premier phénomène auquel il faudra répondre. Deuxièmement, dans cette phase de changement je pense que les grandes études seront

avantages parce que c'est un domaine dans lequel il faut investir beaucoup de moyens. Troisièmement, je pense que dans des domaines comme le judiciaire pur et dur, l'intelligence artificielle jouera un rôle plus indirect, notamment dans la préparation des faits, mais il y aura encore une composante humaine qui sera difficilement remplaçable dans la prise de décision. Je ne suis pas certain qu'on verra, dans notre génération, le juge-machine, mais je pense que cela va clairement arriver et déjà aujourd'hui la machine peut accompagner la prise de décision.

C'est inévitable que certaines tâches qui sont actuellement en leurs mains seront effectuées dorénavant par des outils informatiques.

Tolou : Oui, je suis d'accord. Il y a beaucoup d'apprentissage passif dans le métier d'avocat. C'est en travaillant constamment sur différentes affaires, même celles qui paraissent un peu répétitives ou mondaines, qu'on acquiert énormément de connaissances et d'expérience souvent sans même s'en rendre compte. Si ce travail est remplacé, ce sera difficile de faire cet apprentissage passif qui est indispensable pour pouvoir se développer en tant qu'avocat.

de Salis : À mon avis, il devient indispensable de maîtriser les outils d'intelligence artificielle, qui peuvent à tout le moins faire office de béquilles. Cela dit, avant d'être une menace pour la profession d'avocat, l'intelligence artificielle peut en être une pour la profession d'avocat-stagiaire. Les études ne doivent pas non plus perdre de vue leur responsabilité de former leurs stagiaires à devenir des professionnels du droit.

Hirsch : Je ne suis pas du tout d'accord avec mes collègues. L'arrivée de l'informatique a déjà pleinement modifié la pratique des jeunes avocats, sans pour autant que ceux-ci ne deviennent moins compétents par la suite, voire qu'ils perdent leur travail. La menace pour la profession d'avocat-e concerne principalement les juristes qui ne maîtrisent pas l'IA. Ainsi, les jeunes ont l'avantage d'avoir pu intégrer suffisamment tôt dans leur apprentissage l'utilisation de l'IA. C'était d'ailleurs le cas avec l'informatique, moins bien maîtrisée en règle générale par les anciennes générations. Pour ma part, je tente d'intégrer l'IA le plus possible dans mes tâches quotidiennes, même par exemple pour mieux préparer cet interview.

La menace pour la profession d'avocat-e concerne principalement les juristes qui ne maîtrisent pas l'IA.

IV. Perspectives de carrière à l'international

Quels sont les principaux défis à relever si on souhaite exercer en tant qu'avocat-e dans des environnements aussi variés et exigeants que Londres, New York ou Zurich ?

Tolou : J'ai travaillé deux ans à Londres en tant qu'avocat et cela fait maintenant six ans que je travaille à New York aussi en tant qu'avocat. Je pense que les éléments les plus marquants sont les exigences extrêmement élevées, non seulement venant des collègues ou des clients, mais aussi en raison de la concurrence ou simplement le niveau général de toutes les parties en cause dans une transaction (avocats, banquiers, investisseurs, etc.), la culture du professionnalisme et de service et l'intensité du travail. Tout le monde travaille énormément et vous avez l'impression qu'ils veulent tous travailler plus – c'est prenant et inspirant, mais faut s'accrocher !

Tout le monde travaille énormément et vous avez l'impression qu'ils veulent tous travailler plus – c'est prenant et inspirant, mais faut s'accrocher !

Schürch : Je n'ai pas travaillé à l'étranger mais à Genève et à Zurich. Ce qui me frappe toujours et encore, c'est à quel point dans un pays petit comme la Suisse, les différences culturelles sont grandes, et comment elles se traduisent dans le métier d'avocat. C'est très enrichissant et fascinant, mais c'est également un challenge pour l'avocat(e) qui souhaite pratiquer dans plusieurs cantons des deux côtés du Röstigraben. Il ne s'agit pas seulement de la langue, mais des pratiques des tribunaux et de la clientèle; le métier d'avocat(e) reste essentiellement "local"!

Y a-t-il une culture juridique ou une approche du droit que vous trouvez particulièrement inspirante en dehors de la Suisse ?

Tolou : Le droit des sociétés américain est unique et extrêmement développé comparé à tout autre régime juridique, parce que le droit des sociétés reflète la taille de l'économie américaine. Toutes les règles ont été testées et retestées dans des scénarios différents et on peut dès lors voir ce qui marche et ce qui ne marche pas. Pour donner des exemples, il est beaucoup plus facile de créer une société aux Etats-Unis, changer des statuts, augmenter un capital, etc. et pour autant l'investisseur américain ne s'en sort pas moins bien que l'investisseur suisse (au contraire).

Schürch : Ayant étudié à Berkeley, j'avais l'impression qu'il y avait une approche très sociologique dans l'enseignement, combiné à une lecture économique du droit. J'ai l'impression que les études en Suisse sont plus « frontales », avec moins de remise en discussion du système et d'analyse de l'impact du droit sur l'économie.

J'ai l'impression que les études en Suisse sont plus « frontales », avec moins de remise en discussion du système et d'analyse de l'impact du droit sur l'économie.

Hirsch : Je te rejoins. Il y a une approche interdisciplinaire du droit particulièrement forte aux États-Unis. En Suisse, on voit le droit vraiment comme un seul bloc, alors qu'eux ont développé depuis des années *Law & Economics*, *Law & Philosophy* et *Law & Sociology*. Ils le font avec tout en fait et ne voient jamais le droit comme un seul bloc, mais toujours dans son impact avec le reste de la société, tant dans l'enseignement que dans la recherche. C'est un niveau bien plus au-dessus et très inspirant par rapport à ce qu'on peut se permettre de faire en Suisse, mais on fait avec nos moyens en réalité.

Pour un-e étudiant-e en droit suisse, quelle est la meilleure façon de se préparer à une carrière à l'international ?

Tolou : Bien maîtriser l'anglais et probablement choisir déjà un domaine qui peut s'exporter. Il y a en principe

deux options, le droit des sociétés ou l'arbitrage. Cela aide de travailler sur des transactions ou des cas internationaux, avec des clients et des avocats actifs dans d'autres pays. Il faut créer des connexions avec ces parties, mais aussi profiter de certains programmes d'échanges que des grandes études d'avocats ont en Suisse avec des études internationales, notamment les programmes de *foreign associates*. Il ne faut pas non plus oublier qu'on est souvent bien loti en Suisse !

Schürch : Je suis assez d'accord pour dire que le LL.M. est fait pour que tu rentres ensuite dans ton pays d'origine – aux Etats-Unis en tout cas. Cela dit, c'est une ouverture unique sur un système juridique différent et une autre culture, et réaliser comme nous sommes petits et privilégiés en comparaison avec d'autres pays du monde fait toujours du bien ! Je le recommande même si c'est très cher!

Si vous deviez transmettre un conseil à un-e étudiant-e en droit qui hésite à se lancer dans un projet innovant, quel serait-il ?

Schürch : Trouver quelqu'un qui s'occupe du site Internet et des autres aspects IT, sinon cela risque de ne pas aller très loin malheureusement !

Tolou : Je pense qu'il ne faut pas uniquement penser à comment se lancer dans un projet, mais surtout comment faire en sorte que ce projet soit un succès et que les objectifs soient atteints. Il faut aussi que ces objectifs valent le coût lorsqu'on les compare avec l'effort et le temps nécessaire pour les atteindre. Lorsqu'on a commencé LawInside en février 2015, on ne s'est franchement pas demandé combien de temps on allait tenir à résumer des arrêts – on s'est simplement dit on essaye et on verra bien si on a des abonnés et, au pire, on arrête dans deux semaines. On a très rapidement eu de nombreux abonnés et on a dû réfléchir après coup à comment construire une approche qui peut tenir dans la durée. Il faut donc se demander « que faut-il pour que, une fois lancé, le projet soit un succès ? » et « suis-je vraiment prêt à mettre l'énergie et faire les efforts nécessaires pour que ce projet soit un succès ? ». Si c'est le cas, il faut se lancer !

(...) mais surtout comment faire en sorte que ce projet soit un succès et que les objectifs soient atteints.

CALL FOR PAPERS

NEW DEADLINE: 26.10.25



Who can publish?

Every law student* at the University of Fribourg has the opportunity to submit us a paper of max. 15'000 characters on a legal topic, in German, French, Italian or English.

* Bachelor, Master, PhD, including LL.M and Erasmus students



Since 2014

In collaboration with law firms and Professors, our Law review publishes articles written by law students every semester.

You can read our past issues on **SWISSLEX**.



Why publish?

QUID? Fribourg Law Review offers you a platform for academic recognition and student networking.

Publishing a legal article allows you to contribute substantively to legal discourse and refine your expertise on a legal topic.



SCAN ME!

Send your article.

fribourglawreview@unifr.ch



www.student.unifr.ch/quid/





Vie universitaire

Cette année, le comité de la Fachschaft Jus a grandi et évolué sous l'égide de la nouveauté ! Sur neuf personnes, le comité s'est vu renouvelé de sept d'entre elles, ce qui ne l'a de loin pas ralenti : vent de fraîcheur, événements inédits, page TikTok, rires à profusion, toujours plus de contacts auprès des étudiant-e-s et mille et une nouvelles aventures.

L'année scolaire a démarré sur les chapeaux de roue entre accueil des nouveaux-elles arrivant-e-s, festivités lumineuses et conférences intéressantes comme innovantes, nos étudiant-e-s ont eu de quoi trouver leur bonheur. Premiers pas universitaires des premières : nous espérons avoir pu les accompagner au mieux. Nous leur avons tendu la main entre livres aux enchères et répartition de coachs (voire ami-e-s, correcteur-trice de propédeutique ou encore guides touristiques ou spirituel-le-s). En autres, la danse, les rires et la bonne humeur ont été au rendez-vous lors de la Karaoke Night coorganisée avec ELSA Fribourg, de la soirée Bowling en collaboration avec la CESES, de la Grinch née de la complicité de quatre Fachschaften ou encore de la Law Night dont la nouveauté du lieu a su vous surprendre. Nous nous réjouissons d'ores et déjà de vos futurs pas de danse, des paillettes et des boules de disco ! Il a également été question de partage lors de nos traditionnels voyage de la Fachschaft – complet en quelques heures seulement, merci !!!!! – et tournoi de jass qui mêle compétition (sans trop de piques), rencontres (parfois même de cœur), chance (toujours plus avec un trèfle en poche) et gagnant-e-s (les as du droit). N'étant pas fâché avec le bonheur, le comité vous a également offert plus de sérieux, notamment à travers la conférence de procédure pénale, la conférence sur la médiation ainsi que lors de la Law Career week qui, cette année, comprenait un jour spécifiquement dédié aux étudiant-e-s de droit ! En avril, vous avez eu l'occasion de pouvoir assister, pour la première fois, à un procès fictif – véritable pièce de théâtre mêlant membres du comité, étudiant-e-s, le Procureur général adjoint du Ministère public de Fribourg, une greffière ainsi que l'ancien Président du Tribunal de l'Arrondissement de la Sarine. Je terminerai en citant notre traditionnel et cher Grand Débat, organisé avec brio par Pauline Cattin et Alicia Domba : La Suisse dans un monde polarisé : enjeux et défis pour l'Etat de droit.

La Fachschaft Jus a, comme à son habitude, pu bénéficier tout au long de l'année, de la place d'importance, que lui cède l'Université de Fribourg, au sein de la politique universitaire. Le comité entier a en effet siégé mensuellement au Conseil de Faculté. De nombreux sujets ont alors été abordés telle que la question des coupes budgétaires qui touche particulièrement nos futur-e-s pair-e-s. Nous avons pu profiter d'échanger, de questionner et de partager avec le corps professoral ainsi qu'avec les collaborateurs-trices scientifiques, avec le sentiment de le faire d'égal à égal et de posséder une voix qui compte autant qu'une autre. Cinq personnes d'entre nous ont également eu l'opportunité de pouvoir siéger au sein du Conseil étudiantin – le Parlement des étudiant-e-s. Outre ces sièges, les membres du comité ont pu, individuellement, porter la voix des étudiant-e-s dans de nombreuses autres commissions : la commission de planification structurelle, les commissions de nominations de futur-e-s professeur-e-s, la Commission COPIL Tour Henri, et j'en passe.

Le comité est très heureux d'avoir partagé vos rires comme vos craintes. Nous espérons avoir pu être à la hauteur de vos attentes et ne cesserons d'essayer de faire de notre mieux. Il nous tarde de découvrir plus encore de vos histoires ainsi que d'en écrire un bout à vos côtés ce serait-ce que pour le temps de ces belles années universitaires. À tout ce qui nous attend, Fachschaft et étudiant-e-s !

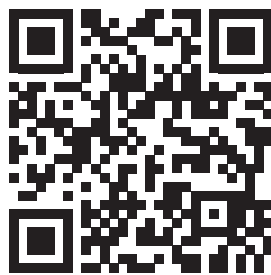
Finalement, nous en profitons pour vous dire MERCI, à votre sagesse, à votre joie débordante, à vos idées, à votre confiance, merci à vous, qui avez fait briller cette année un peu plus fort à nos côtés !

Avec énormément de soleil, votre comité de la Fachschaft Jus



QUID?

Fribourg
Law Review



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

