

QUID?
Fribourg
Law Review

SONDERAUSGABE - EDITION ANNIVERSAIRE

2014 - 2024

ARTICLES

Punissabilité de l'entreprise plutôt que de la personne morale

Louis Frédéric Muskens

Das Lärmbekämpfungsrecht im Wandel der Zeit

Daniela Franziska Odermatt

Garantir l'exécution d'obligations de droit public face à l'écoulement du temps :
charge administrative ou charge foncière de droit public ?

Alexandra Rayroux

Von autonomen Fahrzeugen, Robotern und Drohnen:
Die Haftung für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen -
Ausservertragliche Haftungsfragen im Wandel der technischen Zeit

Raja-Marie Achermann

L'évolution de la surveillance du banquier :
vers un régime d'autorisation ad personam ?

Guillaume Braidì

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Frau Bundespräsidentin Viola Amherd
Interview avec Madame la Présidente de la Confédération Viola Amherd

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

Proposition de citation pour QUID? FRIBOURG LAW REVIEW : AUTEUR·E, Titre, QFLR volume/année, p.
Vorgeschlagene Zitierweise für QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: AUTOR/IN, Titel, QFLR Band/Jahr, S.

EDITORIAL 4**ARTICLES**

Punissabilité de l'entreprise plutôt que de la personne morale 6*Louis Frédéric Muskens***Das Lärmbekämpfungsrecht im Wandel der Zeit** 14*Daniela Franziska Odermatt***Garantir l'exécution d'obligations de droit public face à l'écoulement du temps : charge administrative ou charge foncière de droit public ?** 20*Alexandra Rayroux***Von autonomen Fahrzeugen, Robotern und Drohnen: Die Haftung für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen – Ausservertragliche Haftungsfragen im Wandel der technischen Zeit** 26*Raja-Marie Achermann***L'évolution de la surveillance du banquier : vers un régime d'autorisation ad personam ?** 34*Guillaume Braid***CAREER SPOTLIGHT** 42

Interview mit Frau Bundespräsidentin Viola Amherd*Interview avec Madame la Présidente de la Confédération Viola Amherd*

Chères lectrices, chers lecteurs,

Nous sommes fier·ère·s de vous présenter cette édition spéciale de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. Il s'agit en effet de notre édition anniversaire, et nous vous invitons à fêter avec nous nos dix ans d'existence ! Et quelle histoire : notre revue a l'honneur d'avoir été la première en Suisse à offrir aux étudiant·e·s l'opportunité de rédiger et publier des articles juridiques. Nombre de doctorant·e·s ont publié leur toute première contribution scientifique dans nos pages. Nombre d'*alumni*, aujourd'hui engagé·e·s dans des carrières que nous savons exceptionnelles, sont passé·e·s au travers du temps dans nos rubriques, et nous ne pouvons que leur exprimer toute notre reconnaissance.

Le passage de temps, voilà un thème qui mérite bien d'animer cette édition spéciale. C'est pourquoi les articles qui composent cette édition traitent tous du temps sous l'angle du droit. Plus encore : ils ont tous été rédigés par des ancien·ne·s membres du Comité éditorial de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ! C'est ainsi que LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS ouvre le bal des contributions en présentant le choix de la punissabilité de l'entreprise plutôt que de la personne morale en droit pénal. DANIELA FRANZISKA ODERMATT analyse ensuite la révision actuelle de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE). Elle revient sur les discussions parlementaires ayant trait à l'équilibre entre la protection de la santé et le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti, avec pour fond le probable futur assouplissement de la protection contre le bruit. ALEXANDRA RAYROUX présente ensuite deux instruments permettant aux autorités administratives de s'assurer que l'administré s'exécute malgré le passage du temps : la charge administrative d'une part et la charge foncière de droit public d'autre part. C'est ensuite au tour de RAJA-MARIE ACHERMANN, dont la contribution traite de la responsabilité extracontractuelle des machines dotées d'algorithmes capables d'apprendre et de prendre des décisions. Voitures autonomes, drones ou encore robots, plus que de la musique d'avenir, l'autrice rassemble les enjeux juridiques d'un futur à nos portes et présente différentes solutions qui, à n'en pas douter, seront un jour incontournables dans la pratique. Enfin, GUILLAUME BRAIDI termine cette série d'articles en évoquant l'évolution historique du cadre de surveillance bancaire et la densification des obligations incombant aux dirigeants de banques. Il revient en particulier sur les outils à disposition du législateur et évoque la nouvelle institution juridique appelée *Senior Managers Regime*, véritable gage du changement dans le domaine.

La rubrique *Career Spotlight* a pour objectif d'offrir un aperçu sur des carrières passionnantes d'un *alumnus* ou d'une *alumna* de notre Faculté au travers d'une interview. Jamais cette mission n'aura été aussi remplie que lors de la présente édition. En effet, les membres du Comité éditorial de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ont eu l'honneur et le privilège d'échanger avec la Présidente de la Confédération VIOLA AMHERD. Nous avons échangé sur son passage à l'Université de Fribourg, sur son choix de se lancer dans des études de droit ainsi que sur les relations entre la politique et le droit. De plus, nous avons aussi discuté de l'utilisation croissante des législations d'urgence, de la capacité d'adaptation de la loi au regard d'une société toujours plus changeante et de la possibilité ou l'impossibilité d'une extension de la juridiction constitutionnelle. Tant de questions d'actualité qui sauront, nous n'en doutons pas, passionner nos lecteur·trice·s. C'est pourquoi nous remercions très chaleureusement notre invitée exceptionnelle d'avoir accepté de partager son expérience avec nous.

La revue QUID? FRIBOURG LAW REVIEW n'aurait jamais pu exister sans le soutien indéfectible de nombreuses personnes. Nous remercions ainsi nos Faculty Advisors : la Professeure ISABELLE CHABLOZ et le Professeur BASILE CARDINAUX. Nos remerciements vont également à l'AGEF, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le droit suisse de la circulation routière, la Fondation Helmut M. Merlin ainsi qu'à la Fondation Peter Jäggi-Gedächtnisstiftung qui, par leur confiance et leurs contributions, rendent la publication de cette revue encore et toujours possible. Enfin, si la sève de ce magazine demeure ses auteur·trice·s, rien n'aurait été possible sans vous, cher·ère·s lecteur·trice·s. Alors merci pour votre fidélité, votre curiosité et pour le temps passé sur nos articles.

Le Comité éditorial

Werte Leserinnen, werte Leser,

Wir sind stolz darauf, Ihnen diese Sonderausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW vorzustellen. Dies ist unsere Jubiläumsausgabe, und wir laden Sie ein, mit uns unser zehnjähriges Bestehen zu feiern! Und was für eine Geschichte: Unsere Zeitschrift hat die Ehre, die erste in der Schweiz zu sein, die Studierenden die Möglichkeit bot, Artikel zu verschiedenen juristischen Themen zu verfassen. Viele Doktoranden haben ihren allerersten wissenschaftlichen Beitrag in unseren Seiten veröffentlicht. Viele Alumni, die heute eine - wie wir wissen - außergewöhnliche Karriere verfolgen, haben in unseren Rubriken die Zeit überdauert, und wir können ihnen nur unsere Anerkennung aussprechen.

Der Wandel der Zeit ist ein Thema, das es verdient, in dieser Sonderausgabe behandelt zu werden. Deshalb befassen sich die Artikel in dieser Ausgabe mit dem Thema *Zeit aus der Perspektive des Rechts*. Mehr noch: Sie wurden alle von ehemaligen Mitgliedern des Redaktionskomitees von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW verfasst wurden! So eröffnet LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS den Reigen der Beiträge, indem er sich mit der Wahl der Strafbarkeit des Unternehmens anstelle der juristischen Person im Strafrecht befasst. DANIELA FRANZISKA ODERMATT analysiert anschliessend die aktuelle Revision des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG). Sie geht auf die parlamentarischen Diskussionen ein, die sich mit dem Gleichgewicht zwischen Gesundheitsschutz und Siedlungsentwicklung nach innen beschäftigen, vor dem Hintergrund der wahrscheinlichen zukünftigen Lockerung des Lärmschutzes. Der nächste Beitrag stammt von ALEXANDRA RAYROUX, die zwei Instrumente vorstellt, mit denen die Verwaltungsbehörden sicherstellen können, dass der Bürger trotz des Zeitablaufs seinen Pflichten nachkommt: die administrative Belastung einerseits und die öffentlich-rechtliche Grundlast andererseits. Anschließend ist RAJA-MARIE ACHERMANN an der Reihe, deren Beitrag sich mit der außervertraglichen Haftung von Maschinen befasst, die mit lernfähigen Algorithmen ausgestattet sind und Entscheidungen treffen können. Selbstfahrende Autos, Drohnen oder Roboter - mehr als nur Zukunftsmusik: Die Autorin stellt die rechtlichen Herausforderungen einer Zukunft vor der Haustür zusammen und präsentiert verschiedene Lösungen, die zweifellos eines Tages aus der Praxis nicht mehr wegzudenken sein werden. GUILLAUME BRAIDI beschließt diese Artikelserie mit einem Blick auf die historische Entwicklung des Rahmens für die Bankenaufsicht und auf die zunehmenden Pflichten der

Bankmanager. Er geht insbesondere auf die Instrumente ein, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen, und spricht über das neue Rechtsinstitut des Senior Managers Regime, das den Wandel in diesem Bereich vorantreibt.

Die Rubrik Career Spotlight soll einen Einblick in die spannenden Karrieren eines Alumnus oder einer Alumna unserer Fakultät durch ein Interview bieten. Noch nie in der Geschichte der Zeitschrift wurde diese Aufgabe so gut erfüllt wie in dieser Ausgabe. Tatsächlich haben die Mitglieder des Redaktionskomitees von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW das Glück und die Ehre, keine geringere als Bundespräsidentin VIOLA AMHERD zu treffen. Wir tauschten uns über Ihre Zeit an der Universität Freiburg, Ihre Entscheidung für ein Jurastudium und über die Beziehungen zwischen Politik und Recht aus. Darüber hinaus diskutierten wir auch über den zunehmenden Einsatz von Notstandsgesetzen, die Anpassungsfähigkeit des Gesetzes an eine sich immer stärker verändernde Gesellschaft und die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit. So viele aktuelle Fragen, die unsere Leserinnen und Leser zweifellos begeistern werden. Aus diesem Grund danken wir unserem außergewöhnlichen Gast sehr herzlich für seine Bereitschaft, seine Erfahrungen mit uns zu teilen.

Die Zeitschrift QUID? FRIBOURG LAW REVIEW hätte ohne die unermüdliche Unterstützung zahlreicher Personen nicht existieren können. Wir danken unseren Faculty Advisors: Professorin ISABELLE CHABLOZ und Professor BASILE CARDINAUX. Unser Dank gilt auch der AGEF, dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, der Stiftung für Schweizerisches Strassenverkehrsrecht, der Helmut M. Merlin Stiftung sowie der Peter Jäggi-Gedächtnisstiftung, die durch ihr Vertrauen und ihre Beiträge die Herausgabe dieser Zeitschrift immer wieder aufs Neue ermöglichen. Schließlich sind die Autorinnen und Autoren zwar der Lebenssaft dieser Zeitschrift, aber ohne Sie, liebe Leserinnen und Leser, wäre nichts möglich gewesen. Vielen Dank für Ihre Treue, Ihre Neugier und Ihre Zeit, die Sie in unsere Artikel investiert haben.

Das Redaktionskomitee

Punissabilité de l'entreprise plutôt que de la personne morale

Louis Frédéric Muskens (Dr. iur., avocat chez Bär & Karrer SA et Lecteur et Chargé de cours à l'Université de Fribourg)

Der Artikel befasst sich mit der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 des Schweizer Strafgesetzbuches. Er zeigt auf, dass die Ausdehnung der Strafbarkeit über juristische Personen hinaus auf verschiedene Unternehmensformen problematisch ist, da sie Konflikte mit grundlegenden Rechtsprinzipien wie dem Schuldprinzip und dem *ne bis in idem*-Grundsatz verursacht. Trotz dieser Schwierigkeiten und des innovativen Charakters einer solchen Strafbarkeit wurde diese ohne grosse Diskussionen und Bedenken ins Gesetz eingeführt. Der Artikel fordert eine Neubewertung der Unternehmensstrafbarkeit und regt zum Nachdenken über ihre Zukunft an. Der Autor plädiert dafür, entweder das Zivilrecht anzupassen oder das Strafrecht zu reformieren, um diese Probleme zu lösen.

Introduction

La notion de temps est consubstantielle à celle du changement car il n'est point d'altération, de nature ou d'état, sans progression temporelle. Si le temps est immuablement unidirectionnel, le changement lui peut prendre la forme d'un progrès, d'une stagnation – absence de changement ou changement dans la plus stricte similarité – ou d'une décadence. En échappant à la monotonie de son double, il s'expose toutefois à l'opinion et au jugement de valeur, ce qui le rend d'autant plus intéressant en tant qu'objet de recherche.

Dans cette édition spéciale, j'ai choisi de m'intéresser à la responsabilité pénale de l'entreprise selon l'actuel art. 102 CP. « Pourquoi ? », me direz-vous. Parce que nous célébrons les dix ans de la revue et que l'art. 102 CP avait tout juste dix ans à la naissance de celle-ci¹. Le hasard fait (parfois) bien les choses puisqu'il me permet de traiter ici de l'un de mes sujets

favoris² avec l'assurance d'une justification à toute épreuve.

Je traiterai plus spécifiquement du choix, à l'orée du nouveau millénaire, d'attacher cette nouvelle responsabilité non à la personne morale mais plus largement à l'entreprise. Il s'agit d'un sujet souvent négligé si ce n'est ignoré en doctrine bien que ce choix soit lourd de conséquences et par là même non anodin. Je souhaite démontrer que ce choix n'a pas été mûrement réfléchi et qu'il est loin de constituer une évolution favorable du droit pénal. Au contraire, il conviendrait à mon sens de s'en distancier à l'avenir.

En guise d'introduction, je replacerai l'actuel art. 102 CP dans son contexte historique afin que mes lecteurs puissent saisir les enjeux de ce développement « vintage » (*infra* I). J'en viendrai ensuite aux raisons qui ont conduit le législateur à adopter une responsabilité de l'entreprise plutôt qu'une responsabilité pénale de la seule personne morale (*infra* II). Dans un troisième temps, j'aborderai les difficultés dogmatiques et contradictions qui en résultent (*infra* III) avant de conclure.

I. Contexte : genèse de l'art. 102 CP

Si la plupart des juristes connaissent l'art. 102 CP et savent qu'il codifie une punissabilité de l'entreprise, rares sont ceux qui connaissent le contexte dans lequel il a vu le jour et la dynamique dans laquelle il s'inscrivait. Souffrez donc que je rappelle l'essentiel au risque de briser certains mythes.

L'art. 102 CP est entré en vigueur au 1^{er} octobre 2003 en tant qu'art. 100^{quater} aCP³. Même s'il ouvrait une brèche dans le principe *societas (recte : universitas) delinquere non potest*, il n'a ni introduit la punissabilité exceptionnelle de la personne morale ni renversé le principe précité.

¹ En effet, l'art. 102 CP actuel est entré en vigueur au 1^{er} octobre 2003 en tant qu'art 100^{quater} aCP (RO 2003 3043), adoptant sa numérotation actuelle avec la révision de la partie générale du CP au 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 3459). L'assemblée générale constitutive de l'association Fribourg Law Review s'est quant à elle tenue le 18 novembre 2013, soit à dix ans, un mois et 17 jours plus tard ou – pour les puristes – 3701 jours plus tard.

² J'y ai consacré ma thèse de doctorat dont l'édition commerciale est en cours d'élaboration. Cf. L. F. MUSKENS, Statut de la personne en droit pénal – Appréhension d'une construction de droit civil par le droit pénal matériel et procédural ainsi que par le droit administratif parapénal, Bâle février 2024. Les références citées dans le texte renvoient aux exemplaires du dépôt obligatoire.

³ RO 2003 3043.

Il était en effet déjà possible de punir les personnes morales avant le 1^{er} octobre 2003, comme le démontre l'extrait de l'arrêt de principe suivant datant de 1979 : « *Juristische Personen sind nicht deliktsfähig, sofern nicht ein Bundesgesetz (vgl. jetzt insbesondere Art. 7 VStrR) oder kantonales Recht die Deliktsfähigkeit ausdrücklich vorsehen (BGE 97 IV 203)* »⁴. Avant même l'édiction de l'art. 102 CP, respectivement de l'art. 100^{quater} aCP, les art. 181 LIFD et 57 al. 1 et 2 LHID⁵ ainsi que l'art. 7 DPA⁶ permettaient déjà de réprimer des personnes morales. En outre, en dépit de l'édiction de l'art. 102 CP, la personne morale est restée en principe non-punissable⁷. Autrement dit, l'art. 102 CP n'est qu'une exception de plus au principe de non-punissabilité, lequel reste pleinement d'actualité.

Par ailleurs, le processus législatif ayant mené à l'édiction de l'actuel art. 102 CP a été tout sauf un long fleuve tranquille⁸. Tout a commencé avec l'incendie de *Schweizerhalle* en 1986, au cours de laquelle les eaux utilisées pour combattre l'incendie qui s'était déclaré dans un entrepôt de l'entreprise Sandoz SA (devenue Novartis en 1996) à Bâle se sont déversées dans le Rhin, provoquant une importante pollution et des dégâts environnementaux conséquents⁹. Faute de preuves,

l'affaire n'avait donné lieu qu'à deux condamnations pour des amendes mineures en lien avec les suites de l'incendie et non l'incendie lui-même¹⁰. L'affaire est connue pour avoir mis évidence les lacunes du droit pénal suisse s'agissant des personnes morales¹¹.

Dans le prolongement de cette affaire, une commission d'experts a élaboré un avant-projet¹² comprenant trois articles, relativement novateur puisqu'il envisageait la punissabilité de principe de l'entreprise et une vaste palette de sanctions sous la forme de mesures pénales¹³. Mis en consultation en 1991, l'avant-projet a reçu un accueil si mitigé que le Conseil fédéral s'est résolu à remettre l'ouvrage sur le métier plutôt qu'à le présenter au Parlement¹⁴. La tâche n'était en effet pas aisée dès lors que la personne morale était considérée comme triplement incompatible avec le droit pénal vu son incapacité à l'action (*Handlungsunfähigkeit*), à la culpabilité (*Schuldunfähigkeit*) et à la peine (*Strafunfähigkeit*)¹⁵. À ce sujet, l'art. 7 DPA a toujours été critiqué en doctrine vu son caractère causal, soit le fait qu'il n'exige aucune faute de l'entreprise

entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998 (ci-après « Message CP 1998 »), FF 1999 II 1787 ss, p. 1943.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Message CP 1998 (n. 9), p. 1946 ; R. ROTH, Une responsabilité sans culpabilité ? L'entreprise, la « faute d'organisation » et le droit pénal, SJ 2003 II p. 187 ss, p. 193.

¹² Vorentwurf und Erläuternder Bericht, Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzbuches betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Office fédéral de la justice, Berne 1991 (ci-après « AP-CP 1991 »).

¹³ Sur l'AP-CP 1991 voir notamment : FORSTER (n. 8), p. 61 ss ; LÜTOLF (n. 9), p. 205 ss ; MACALUSO (n. 8), p. 114 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1581 ss.

¹⁴ Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zum Vorentwurf über die Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers und die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Département fédéral de Justice et police, Berne juin 1992, p. 19 s. ; Message CP 1998 (n. 9), p. 1944. Cf. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 16 ; FORSTER (n. 8), p. 64 s. ; LÜTOLF (n. 9), p. 204 s. ; MACALUSO (n. 8), p. 121 s. ; MUSKENS (n. 2), N 1589.

¹⁵ P. ex. R. ROTH, Responsabilité pénale de l'entreprise : modèles de réflexion, RPS 1997 p. 345 ss, p. 356 ss ; FORSTER (n. 8), p. 23 ss ; P. GRAVEN/C.-A. JUNOD, Societas delinquere potest ?, in : B. Corboz (édit), Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 351 ss ; MUSKENS, (n. 2), N 713 ss.

⁴ ATF 105 IV 172, c. 3.

⁵ Les art. 181 LIFD et 57 al. 1 et 2 LHID ont été édictés lors de la réforme dite d'harmonisation fiscale adoptée fin 1990 (RO 1991 1184 ss et RO 1991 1256 ss). Des formes de punissabilité de la personne morale en droit fiscal préexistaient cependant en droit cantonal ainsi qu'à l'art. 130 al. 4 aAIFD. Cf. P. SANSONETTI/D. HOSTETTLER, in : Y. Noël/F. Aubry Girardin (édit.), Commentaire romand – Impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017, art. 181 N 2 ; Roman J. Sieber/J. Malla, in : M. Zweifel/M. Beusch /édit), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 4^e éd., Bâle 2022, art. 57 N 2.

⁶ L'art. 7 DPA est entré en vigueur au 1^{er} janvier 1975 en même temps que la DPA elle-même (RO 1974 1857 ss).

⁷ Cf. p. ex. ATF 144 I 242, c. 3.1.1 ; MUSKENS (n. 2), N 2436 ss.

⁸ Pour un aperçu plus complet du processus législatif : M. A. Niggli/D. R. Gfeller, in : M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar Strafrecht, 4^e éd., Bâle 2019 (ci-après « BSK StGB-NIGGLI/GFELLER »), art. 102 N 13 ss ; M. FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse St-Gall, Berne 2006, p. 61 ss ; A. MACALUSO, La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise – Eléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS, thèse, Lausanne 2004, p. 114 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1581 ss.

⁹ Cf. sur la catastrophe de *Schweizerhalle* : S. H. LÜTOLF, Strafbarkeit der juristischen Person, thèse, Zurich 1997, p. 7 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1584 s. ; FORSTER, (n. 8), p. 61 ; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 13 ; Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales,

subsidièrement punissable¹⁶.

La tâche s'apparentait donc à la quadrature du cercle. Il s'agissait d'introduire une punissabilité de la personne morale respectant les principes du droit pénal et notamment le principe de culpabilité – c'est-à-dire de ne pas se limiter à un simple mécanisme d'imputation de la peine tel que celui de l'art. 7 DPA – mais sans aller aussi loin que ce qu'envisageait l'AP-CP 1991. C'est ainsi que le Conseil fédéral a présenté, dans le cadre du projet de révision totale de la partie générale du CP, une responsabilité pénale de l'entreprise réduite à sa plus simple expression, ne comprenant que ce qui deviendra l'actuel art. 102 al. 1 CP, à savoir une responsabilité purement subsidiaire fondée sur une impossibilité d'imputation due à un défaut d'organisation¹⁷.

Au cours des débats parlementaires, deux modifications importantes ont été apportées au projet en ce sens qu'il a été complété par une responsabilité primaire de l'entreprise – l'actuel art. 102 al. 2 CP – ainsi que par une disposition visant à régir certaines questions procédurales, soit l'ancien art. 102 aCP préfigurant l'art. 112 CPP¹⁸.

Bien que conçus dans le cadre de la révision générale du CP, l'art. 102 et l'art. 102a CP sont entrés en vigueur de manière anticipée en tant qu'art. 100^{quater}, respectivement art. 100^{quinquies} aCP afin de respecter les engagements de la Suisse en matière de lutte contre le financement du terrorisme¹⁹.

¹⁶ Cf. p. ex. A. EICKER/F. FRANK/J. ACHERMANN, *Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht*, Berne 2012, p. 65 ; N. CAPUS/A. BERETTA, *Droit pénal administratif – Précis de droit suisse*, Bâle 2021, N 161 ; FORSTER (n. 8), p. 59 ; LÜTOLF (n. 9), p. 216 ; MUSKENS (n. 2), N 1407 ss. Cf. également A. MACALUSO/A. GARBARSKI, in : N. Markwalder et al. (édit.), *Basler Kommentar – Verwaltungsstrafrecht*, Bâle 2020 (ci-après « BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI »), art. 7 N 33 ss lesquels proposent d'exiger un défaut d'organisation de manière analogue à l'art. 102 al. 1 CP.

¹⁷ Projet de modification du code pénal suisse du 21 septembre 1998, FF 1999 2101 ss (ci-après « P-CP 1998 ») ; Message CP 1998 (n. 9), p. 1943 ss ; FORSTER (n. 8), p. 65 ss ; MACALUSO (n. 8), p. 123 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1606 ss.

¹⁸ BO 1999 E 1135 s. ; BO 2001 N 591 ss ; BO 2001 E 514 ss ; BO 2002 N 2171 ; BO 2002 E 1306.

¹⁹ RO 2003 3043 ; Message relatif aux Conventions internationales pour la répression du financement du terrorisme et pour la répression des attentats terroristes à l'explosif ainsi qu'à la modification du code pénal et à l'adaptation d'autres lois fédérales du 26 juin 2002, FF 2002 5014 ss ; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme conclue à New York le 9 décembre 1999 (RS 0.353.22) ; FORSTER (n. 8), p. 69 ss ; MACALUSO (n. 8), p. 133 s. ; MUSKENS (n. 2), N 1617.

Ce très bref rappel de la genèse de l'art. 102 CP suffit à démontrer le contexte particulièrement délicat dans lequel l'art. 102 CP a vu le jour. Ces contraintes ne sont pas étrangères au fait que – comme je m'appête à le démontrer – le cercle des destinataires de l'art. 102 CP n'ait pas été discuté en détail.

II. Entreprise comme sujet pénal : raisons d'être

L'art. 102 CP s'applique à l'« entreprise ». Ce terme n'est pas utilisé dans une acception économique, comme à l'art. 2 LCart²⁰, mais dans un sens juridique puisqu'il est défini à l'art. 102 al. 4 CP par référence à un *numerus clausus* de formes juridiques permettant l'exploitation d'une entreprise au sens économique du terme. Sont ainsi visées non seulement les personnes morales de droit privé et public à l'exception des corporations territoriales (art. 102 al. 4 lit. a et b CP) mais encore les sociétés (art. 102 al. 4 lit. c CP) ainsi que les entreprises en raison individuelle (art. 102 al. 4 lit. d CP).

Curieusement, le choix de s'attacher à l'entreprise plutôt qu'aux seules personnes morales n'est pas véritablement mis en évidence dans le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la partie générale du CP²¹. Le Message laisse entendre que l'adoption de l'art. 102 P-CP 1998 était nécessaire en vertu du droit international et que le régime envisagé correspondait à une tendance qui pouvait notamment être observée en droit pénal français²². Ces deux affirmations laissent perplexes.

Premièrement, les conventions internationales ratifiées par la Suisse en matière de corruption, de blanchiment, de financement du terrorisme et de criminalité organisée n'exigeaient pas d'introduire une punissabilité de l'entreprise mais tout au plus de la personne morale, certaines se contentant même de sanctions efficaces fussent-elles pénales ou non²³.

²⁰ Cf. sur la notion d'entreprise selon l'art. 2 LCart not. M. AMSTUTZ/R. GOHARI, in : M. Amstutz/M. Reiner (édit.), *Basler Kommentar – Kartellgesetz*, 2^e éd., Bâle 2021, art. 2 N 63 ss ; V. MARTENET/P.-A. KILLIAS, in : V. Martenet/C. Bovet/P. Tercier (édit.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 2 N 20 ss.

²¹ Message CP 1998 (n. 9), p. 1943 ss *a contrario*.

²² Message CP 1998 (n. 9), p. 1943.

²³ Cf. art. 18 ch. 8 de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime conclue à Strasbourg le 8 novembre 1990 (RS.0.331.53) ; art. 18 de la Convention pénale sur la corruption conclue à Strasbourg le 27 janvier 1999 (RS 0.311.55) ; art. 2 s. de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans

Deuxièmement, la responsabilité pénale de l'entreprise plutôt que de la personne morale était novatrice et, en tous les cas, étrangère au Code pénal français, lequel ne prévoyait et ne prévoit d'ailleurs toujours qu'une punissabilité de la personne morale à son art. 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants [...] »²⁴. A ma connaissance, une telle responsabilité n'était connue que du Règlement européen N° 2988/95 auquel le Message se référait expressément²⁵. Or, ce Règlement prévoyait des sanctions administratives et non des sanctions pénales, étant rappelé que l'Union européenne ne disposait pas d'une compétence pour édicter des normes pénales²⁶. L'aspect novateur de l'approche et le parallèle avec le droit crypto-pénal européen ressortent de l'avis de droit établi par ROTH en amont du P-CP 1998 et publié à la RPS²⁷.

La question n'a pas non plus été thématifiée lors des débats parlementaires et ce bien que le conseiller national Jacques-Simon Eggly eût proposé de

remplacer le terme « entreprise » par le terme « personne morale »²⁸. Hélas, au soutien de sa proposition, Jacques-Simon Eggly a argumenté qu'il n'était pas opportun de soumettre les petites entreprises à des amendes pouvant atteindre 5 millions de francs ce qui a permis à ses opposants, notamment Jean-Nils de Dardel, de balayer la proposition d'un revers de main en soutenant que la situation financière de l'entreprise serait prise en compte dans la fixation de la peine²⁹. Il aurait pu y avoir débat. Il aurait dû y avoir débat. Il n'y en a cependant pas eu, du moins pas sur cette question³⁰. Les débats ont en effet porté sur le caractère subsidiaire ou primaire de la responsabilité, le catalogue des infractions sous-jacentes à la responsabilité primaire et la compatibilité avec le principe de culpabilité³¹.

Personne ne semble ainsi s'être ému de l'approche choisie et ce en dépit de son caractère novateur – ou devrais-je dire révolutionnaire ? Pourtant, des voix s'étaient élevées en doctrine pour inviter le législateur à se limiter à une responsabilité pénale de la personne morale. Ainsi, LÜTOLF qui a consacré sa thèse à la question, concluait à l'opportunité de réprimer les *personnes morales*³².

Si le choix novateur de s'attacher à l'entreprise est passé inaperçu, c'est que les précurseurs de l'art. 102 (al. 1) CP comportaient déjà une forme de responsabilité de l'entreprise et non de la seule personne morale. Tel est en particulier le cas de l'art. 7 DPA selon lequel, « [l]orsque l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et que l'enquête rendrait nécessaires à l'égard des personnes punissables selon l'art. 6 des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue, il est loisible de renoncer à poursuivre ces personnes et de condamner à leur place au paiement de l'amende la personne morale, la société en nom collectif ou en commandite ou l'entreprise individuelle »³³. De même, l'AP-CP 1991 prévoyait lui aussi une responsabilité de la personne morale, de la société ou de l'entreprise individuelle (entreprise)³⁴. Cela dit, l'art. 7 DPA constitue un

les transactions commerciales internationales conclue à Paris le 17 décembre 1997 (RS 0.311.21) ; art. 26 de la Convention des Nations Unies contre la corruption conclue à New York le 31 octobre 2003 (RS 0.311.56) ; art. 10 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée conclue à New York le 15 novembre 2000 (RS 0.311.54) ; art. 5 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme conclue à New York le 9 décembre 1999 (RS 0.353.22). Dans le même sens : FORSTER (n. 8), p. 50 ; K. VILLARD, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise : avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, thèse, Genève et al. 2017, N 695. *Contra*: M. PIETH, Die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, in : M. J. Lehmkuhl/W. Wohlers (édit.), Unternehmensstrafrecht – Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Bâle 2020, p. 279 ss, p. 281 lequel mentionne à tort une nécessité de responsabilité pénale de l'entreprise (« *Unternehmenshaftung* »).

²⁴ Code pénal français, version au 21 juillet 2024, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1990.

²⁵ Règlement (CE, EURATOM) N° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO L 312 du 23 décembre 1995. Cf. Message CP 1998 (n. 9), p. 1943.

²⁶ Cette compétence a été introduite avec le Traité de Lisbonne en 2007. Cf. H. SATZGER, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9^e éd., Baden-Baden 2020, § 8 N 18 ss ; J. VOGEL, in : U. Sieber et al. (édit.), Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2011, § 5 N 1 ss.

²⁷ ROTH (n. 15), p. 367 s. Cf. également R. ROTH, L'entreprise, nouvel acteur pénal, in : Frédéric Berthoud (édit.), La responsabilité pénale du fait d'autrui : travaux de la Journée d'étude du 30 novembre 2001, Lausanne 2002, p. 77 ss, p. 82 ss.

²⁸ BO 2001 N 592 s.

²⁹ BO 2001 N 593 ss.

³⁰ BO 1999 E 1135 s. ; BO 2001 N 591 ss ; BO 2001 E 514 ss ; BO 2002 N 2171 ; BO 2002 E 1306.

³¹ Ibid. Cf. MUSKENS (n. 2), N 2201.

³² LÜTOLF (n. 9), p. 3.

³³ Cf. sur les destinataires de l'art. 7 DPA : BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI (n. 16), art. 7 N 10 ss ; CAPUS/BERETTA (n. 16), N 2 et 158 ss ; MUSKENS (n. 2), N 1368 ss.

³⁴ Art. 100^{quater} ch. 1 AP-CP 1991 (n. 12) : « *Begeht jemand eine*

mécanisme d'imputation de la peine et non une véritable responsabilité pénale³⁵ et l'art. 100^{quater} AP-CP 1991 n'a jamais dépassé le stade de l'avant-projet comme rappelé ci-dessus (*supra* I). Il y avait donc matière à débattre ou du moins à réfléchir.

Le rapport explicatif relatif à l'AP-CP 1991 se réfère quant à lui au droit américain, ainsi qu'aux droits néerlandais et suédois ainsi qu'aux réformes en cours en Norvège et en France³⁶. Il évoque également une Recommandation du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) du 2 juin 1988³⁷. L'Annexe à la Recommandation y relative du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 octobre 1988 précise cependant qu'elle s'applique « aux entreprises, privées ou publiques, dotées de la personnalité juridique, pour autant qu'elles exercent des activités économiques »³⁸.

Je ne me lancerai pas dans des considérations de droit comparé car je pense que mes lecteurs ont compris où je veux en venir : personne n'a concrètement songé aux implications qu'aurait une future responsabilité pénale de l'entreprise plutôt que de la personne morale. Il faut croire que parfois, les points les plus délicats passent inaperçus.

als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Tat, als Organ, als Mitglied eines Organs oder als Geschäftsführer einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma (Unternehmen), oder als Person, die ohne eine dieser Eigenschaften aufzuweisen, ein Unternehmen tatsächlich leitet oder in dessen Geschäftsbetrieb selbständige Entscheidungsbefugnisse ausübt, so können gegen das Unternehmen die im diesem Titel vorgesehenen Sanktionen verhängt werden. [...]».

³⁵ Cf. MUSKENS (n. 2), N 1419 ss et références citées. La question de la nature de l'art. 7 DPA est controversée en doctrine et les avis sont très divers. P. ex. EICKER/FRANK/ACHERMANN (n. 16), p. 62 ss la qualifient de « *Solidarhaftung des Unternehmens* », CAPUS/BERETTA (n. 16) N 160 de « *norme d'attribution de la responsabilité pénale* » et BSK VStrR-MACALUSO/GARBARSKI, art. 7 N 28 ss (n. 16) de responsabilité pénale de l'entreprise.

³⁶ AP-CP 1991 (n. 12), p. 47 s. Cf. concernant la situation en droit américain not. LÜTOLF (n. 9), p. 246 ss.

³⁷ AP-CP 1991(n. 12), p. 48 note de bas de page 30.

³⁸ Annexe à la Recommandation n° R (88) 18 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 20 octobre 1988.

III. Difficultés résultant du rattachement à l'entreprise plutôt qu'aux personnes morales

A. Hétérogénéité

Faire de l'entreprise un sujet de droit pénal c'est rendre punissable à la fois les personnes morales et des formes juridiques dénuées de personnalité, à l'instar de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société simple ou encore de l'entreprise individuelle³⁹.

Si la personne morale est un sujet de droit, les sociétés en nom collectif ou en commandite sont des sociétés de personnes à qui le droit confère l'exercice mais pas la jouissance des droits civils⁴⁰, la société simple est une pure société de personnes dénuée de personnalité morale⁴¹ et l'entreprise individuelle n'est autre qu'une personne physique inscrite au registre du commerce⁴². Le terme entreprise est donc particulièrement hétéroclite puisqu'il inclut tant des formes juridiques ayant une existence et une individualité propres que des formes juridiques regroupant un ou plusieurs sujets de droit. Pour adopter une métaphore philosophique, il mélange être et non-être, un et multiple⁴³.

Les difficultés suscitées ne sont toutefois pas uniquement philosophiques mais également concrètes et pratiques.

³⁹ Cf. MUSKENS (n. 2), N 2210 ss pour des considérations plus détaillées sur l'hétérogénéité et la surinclusion de la notion d'entreprise selon l'art. 102 CP.

⁴⁰ Cf. A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Aktienrecht*, 13^e éd., Berne 2023, § 2 N 93 ss et 178, § 13 N 27 s. ; R. RUEDIN, *Droit des sociétés*, 2^e éd., Berne 2007, N 790 ; M. BLANC/B. FISCHER, *Les sociétés de personnes*, Zurich 2020, N 370 ss et 743 s. ; MUSKENS (n. 2), N 195 ss.

⁴¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (n. 40), § 12 N 13 ss et en part. N 13 : « *Die einfache Gesellschaft ist eine Personengesellschaft, d.h. es kommt in erster Linie auf die Persönlichkeit des einzelnen Mitglieds an, nicht auf seine Kapitalbeteiligung.* » ; RUEDIN (n. 40), N 609 s. ; MUSKENS (n. 2), N 170 et 190.

⁴² Cf. art. 931 et 945 s. CO. Cf. également MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, (n. 40), § 26 ; RUEDIN (n. 40), N 337 ss.

⁴³ Ces concepts sont notamment thématiques par PLATON (Parménide ou des Idées, in : L. Robin (trad.), *Platon – Œuvres complètes*, Paris 1950, p. 193 ss).

B. Principe de culpabilité et de personnalité des peines

La première difficulté, mais non des moindres, est une incompatibilité avec les principes de culpabilité et de personnalité des peines. Selon le principe de culpabilité, la peine est censée refléter la culpabilité de l'auteur de l'infraction (art. 47 CP)⁴⁴. Selon le principe de la personnalité des peines, seul l'auteur de l'infraction peut subir la peine, à l'exclusion de tiers⁴⁵.

Les non-sujets de droit n'ont pas la jouissance des droits civils et ne peuvent dès lors par définition pas subir de peine. Pour mémoire, la peine se définit comme une atteinte aux droits du condamné censée refléter sa culpabilité⁴⁶. Or, infliger une peine à un non-sujet de droit revient *per definitionem* à la faire subir non à l'entité sanctionnée mais aux tiers qui la composent. Si rien n'empêche le droit pénal de créer un nouveau sujet de droit pénal, et le juge pénal de le déclarer coupable, aucune peine ne peut frapper un non-sujet de droit civil dès lors qu'il n'a pas de droits à restreindre en guise de peine⁴⁷. C'est là que le bât blesse puisqu'une peine est par définition strictement personnelle⁴⁸ à l'instar de la culpabilité qu'elle est

censée refléter⁴⁹. Permettre la répression de non-sujets de droit c'est rompre le lien étroit et nécessaire qui unit culpabilité et peine, tout en bafouant le principe de culpabilité et de personnalité des peines⁵⁰.

Le régime est d'autant plus inadmissible si l'on songe que la composition d'une société de personnes peut varier entre le moment de la consommation de l'infraction et le moment de la condamnation, respectivement de l'exécution de la peine. Dans cette hypothèse, les nouveaux membres de la société sont confrontés à une atteinte à leurs droits alors même qu'ils ne faisaient pas partie de l'entreprise au moment des faits et qu'aucune faute ne peut leur être reprochée.

Quod erat demonstrandum.

C. Principe *ne bis in idem*

Une difficulté supplémentaire résultant de l'attachement à l'entreprise et de l'inclusion de non-sujets de droit est une incompatibilité avec le principe *ne bis in idem*⁵¹.

Selon le principe *ne bis in idem*, ancré à l'art. 11 al. 1 CPP, art. 4 CEDH PA 7 et art. 14 ch. 7 Pacte ONU II, une personne condamnée ou acquittée par jugement entré en force ne peut être poursuivie une nouvelle fois pour les mêmes faits⁵². Le principe *ne bis in idem* interdit la double poursuite et, *a fortiori*, la double peine⁵³.

L'art. 102 al. 2 CP constitue une forme de responsabilité de l'entreprise concurrente à la responsabilité des personnes physiques⁵⁴. En d'autres termes, la culpabi-

Busse höchstpersönlicher Natur [...] ».

⁴⁴ Cf. ATF 136 IV 55, c. 5.5 ; ATF 135 IV 6, c. 5 ; ATF 123 IV 1, c. 2 ; ATF 116 IV 300, c. 2a.

⁴⁵ CourEDH, arrêt du 29 août 1997, requête 19958/92, *A.P. M.P. et T.P. c. Suisse*, Recueil 1997-V § 48 ; CourEDH, arrêt du 29 août 1997, requête 20919/92, *J.O.-L. c. Suisse*, Recueil 1997-V, § 51 ss ; ATF 134 III 59, c. 2.3.2.

⁴⁶ Cf. G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I : Die Straftat*, 4^e éd., Berne 2011, § 2 N 3 ; G. ETIER/B. STRÄULI, *Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale*, in : C. Chappuis/B. Winiger (édit.), *Responsabilité civile – Responsabilité pénale*, Journée de la responsabilité civile 2014, Genève 2015, p. 19 ; D. JO-SITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, *Strafrecht II – Strafen und Massnahmen*, 9^e éd., Zurich 2018, p. 3.

⁴⁷ ROTH (n. 27), p. 91 ; D. PROTET, *Le tiers protégé face à la confiscation pénale et la punissabilité de la personne morale*, in : J.-B. Ackermann/A. Donatsch/J. Rehberg (édit.), *Wirtschaft und Strafrecht – Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zürich 2001, p. 209 ss, p. 216. Cf. également concernant plus généralement la dépendance du droit pénal (économique) au droit civil : M. A. NIGGLI, *Das Verhältnis von Eigentum, Vermögen und Schaden nach schweizerischem Strafrecht – Dargelegt am Beispiel der Sachbeschädigung nach deltendem Recht und dem Entwurf 1991*, thèse, Zurich 1992, N 360 ; U. CASSANI, *La protection pénale du patrimoine : autonomie et détermination par le droit civil*, thèse Genève, Lausanne 1988, p. 106 ss.

⁴⁸ P. ex. ATF 134 III 59, c. 2.3.2 : « *Wie jede Strafe ist auch die*

⁴⁹ A. DONATSCH/G. GODENZI/B. TAG, *Strafrecht I – Verbrechenslehre*, 10^e éd., Zurich 2022, p. 278 ; STRATENWERTH (n. 46), § 2 N 5 ; S. TRECHSEL/P. NOLL/M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 7^e éd., Zurich 2017, p. 142.

⁵⁰ Cf. MUSKENS (n. 2), N 2220 ss.

⁵¹ Cf. MUSKENS (n. 2), N 2233 ss.

⁵² Cf. ATF 144 IV 362, c. 1.3.2 ; ATF 144 IV 136, c. 10.1 ; ATF 137 I 363, c. 2.1 ; B. TAG, in : M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, *Basler Kommentar – Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 3^e éd., Bâle 2023 (ci-après : « BSK StPO-TAG »), art. 11 N 2 ss ; M. HOTTELIER, in : Y. Jeanret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (édit.), *Commentaire romand – Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 11 N 1 ss.

⁵³ BSK StPO-TAG, (n. 52), art. 11 N 11 ss.

⁵⁴ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 243 ; FORSTER (n. 8), p. 253 ; ROTH (n. 11) ; MUSKENS (n. 2), N 2126 ss.

lité de l'entreprise ne suppose ni n'exclut celle de ses agents. Cela signifie qu'en présence d'un non-sujet de droit, un même sujet de droit peut être puni deux fois, une fois en tant que membre de l'entreprise et une fois en tant qu'agent et ce en lien avec le même comportement. La violation du principe *ne bis in idem* est manifeste voire insupportable si l'on songe à la punissabilité de l'entreprise individuelle, dès lors qu'une seule et même personne physique – le titulaire de l'entreprise individuelle – peut être puni une fois en tant qu'entreprise individuelle et une fois en tant que personne physique⁵⁵.

Cette difficulté n'existe pas à l'art. 7 DPA ni à l'art. 102 al. 1 CP dès lors que ces dispositions consacrent des punissabilités subsidiaires de l'entreprise, lesquelles ne peuvent entrer en concours avec la responsabilité d'un auteur (personne physique) individuel⁵⁶.

Conclusion

En résumé, l'attachement à l'entreprise plutôt qu'à la personne morale ne constitue pas un choix mûrement réfléchi du législateur puisqu'il n'a ni été véritablement discuté dans le Message ni n'a fait l'objet de débats au Parlement.

Cela est particulièrement étonnant lorsqu'on songe que l'extension de la responsabilité pénale à des non-sujets de droit tels que les sociétés en nom collectif ou en commandite, les sociétés simples et autres entreprises individuelles entre en conflit avec des principes cardinaux du droit pénal que sont le principe de culpabilité et de personnalité des peines ainsi que le principe *ne bis in idem*. Elle introduit en effet une scission nécessaire entre l'auteur de l'infraction, sujet de droit pénal, et le destinataire de la sanction, sujet de droit civil. Elle permet en outre une double répression d'un seul et même sujet de droit (civil) pour un même comportement. Ces conséquences paraissent suffisamment sérieuses pour ne pas simplement pouvoir être écartées par des considérations d'efficacité ou la volonté d'adopter une approche économique⁵⁷.

Même si le format de cet article ne me permet pas d'entrer dans les détails, j'espère avoir convaincu mes lecteurs si ce n'est de restreindre la responsabilité pénale à la personne morale à tout le moins d'approfondir la question et de peser le pour et le contre de cette solution. En ce qui me concerne, je reste convaincu que l'appréhension en tant que sujets pénaux de constructions de droit civil dénués de personnalité morale est à proscrire. Reste donc soit à s'adapter au droit civil soit à le réformer pour qu'il s'adapte au droit pénal.

Pour finir sur une note plus personnelle, si la responsabilité pénale de l'entreprise n'a pas suivi un développement exemplaire, la revue *Quid ?* s'en démarque favorablement. Je n'aurais pas osé espérer, ce jour de novembre 2013 où l'association *Fribourg Law Review* a été constituée, que la revue existerait toujours plus de dix ans plus tard et qu'elle aurait à ce point prospéré. Longue vie donc à *Quid ? Fribourg Law Review* !

⁵⁵ BO 2001 N 595 ; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER (n. 8), art. 102 N 416 ; FORSTER (n. 8), p. 128 ; MACALUSO (n. 8), p. 163 ; MUSKENS (n. 2), N 1650 et 2233.

⁵⁶ MUSKENS (n. 2), N 2237.

⁵⁷ Cf. p. ex. ROTH (n. 15), p. 367 lequel se réfère à la recherche de l'« efficacité économique ».

Das Lärmbekämpfungsrecht im Wandel der Zeit

Daniela Franziska Odermatt, MLaw

Après une introduction sur les bases légales générales actuellement en vigueur dans le domaine du droit de la lutte contre le bruit, la révision actuelle de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) constitue le point principal de la présente contribution. L'équilibre entre la protection de la santé et le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti est principalement présenté sur la base des discussions parlementaires actuelles. Au vu de l'évolution future du droit, il est probable que le droit de la lutte contre le bruit s'assouplisse. La prochaine session d'automne du Parlement montrera dans quelle direction il évoluera définitivement.

Vorwort¹

Gehören Sie zu den Personen, die am Tag und in der Nacht von schädlichem oder lästigem Verkehrslärm betroffen sind? So gering ist die Wahrscheinlichkeit nicht, denn gemäss den Ergebnissen eines nationalen Lärmmonitorings (Stand 2015) ist am Tag jede siebte und in der Nacht jede achte Person davon betroffen. Wenn Sie in einer Stadt leben, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit um ein Vielfaches, denn über 90 % der von Verkehrslärm betroffenen Personen leben in bzw. im Umkreis von städtischen Kernen.²

Lärm ist eine zentrale Thematik des Umweltschutzrechts, was sich auch an der aktuellen Debatte im Parlament zeigt. Im Rahmen der vorliegenden Ausgabe «Das Recht im Wandel der Zeit» setzt sich dieser Artikel vertieft mit der vergangenen sowie der künftig zu erwartenden Entwicklung

¹ Ich möchte mich sehr gerne bei sämtlichen Mitgliedern des Redaktionskomitees *Quid? Fribourg Law Review* bedanken, welche mir als ehemaliges Mitglied der vorgenannten Redaktion die Möglichkeit eröffnet haben, diesen Beitrag zu verfassen. Neben meinen universitären Vorlesungen bin ich vor allem im Rahmen meines Anwaltspraktikums bei der Hofstetter Advokatur & Notariat AG in Luzern mit der Thematik der Lärmbekämpfung in Berührung gekommen. Hiermit möchte ich mich auch ganz herzlich bei Domino Hofstetter, Rechtsanwältin, Notarin, Fachanwältin SAV Bau- und Immobilienrecht und Fachanwältin SAV Erbrecht für die Durchsicht des vorliegenden Artikels bedanken.

² A. CATILLAZ/F. FISCHER, Lärmbelastung in der Schweiz, Ergebnisse des nationalen Lärmmonitorings sonBASE, Stand 2015. Bern 2018, S. 12, 14.

des Lärmbekämpfungsrechts auseinander. Lärm hat nicht nur erhebliche Auswirkungen auf die Gesundheit und das allgemeine Wohlbefinden, sondern zieht auch ökonomische Folgen in Form von bspw. Gesundheitsschäden oder Wertverlust von Grundeigentum nach sich.³

Vorab ein m.E. zentraler Hinweis zu den Begrifflichkeiten: Angelehnt an ALAIN GRIFFEL wird im Folgenden von Lärmbekämpfung und nicht von Lärmschutz gesprochen, da das störende Phänomen «Lärm» an sich bekämpft und nicht geschützt werden soll.⁴

I. Entwicklung des geltenden Rechts

A. Verfassungsrechtliche Grundlagen zur Lärmbekämpfung

Der Immissionsschutz, wozu auch der Schutz vor Lärm zu zählen ist, war bereits ein Bestandteil des ersten gesamtschweizerischen ZGB von 1907. Dieser privatrechtliche Immissionsschutz deckt nach wie vor aber lediglich Immissionen im nachbarschaftlichen Verhältnis ab.⁵ Immissionen, wie sie im Zuge des Wirtschaftsaufschwungs der 1950er- und 1960er-Jahre aufkamen, waren folglich nicht abgedeckt. Infolge einer nationalrätlichen Motion wurde der Umweltschutzartikel Art. 24^{septies} aBV ausgearbeitet, welcher in der Volksabstimmung vom 6.6.1971 mit einem Ja-Stimmenanteil von über 92 % und von sämtlichen Kantonen angenommen wurde.⁶ Der

³ A. GRIFFEL, Umweltrecht, in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, S. 115 f.

⁴ GRIFFEL (Fn. 3), S. 147, der hierzu PETER ETTLER mit folgenden Worten zitiert «Das USG schützt nicht die Betroffenen vor Lärm, sondern den Lärm».

⁵ Das Verhältnis zwischen dem öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz und dem Nachbarrecht gemäss Art. 684 ZGB ist hierbei als interessante Frage aufzuwerfen, welche vorliegend jedoch nicht weiter behandelt wird.

⁶ A. GRIFFEL, Art. 74, in: B. Waldmann/E.M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: «BSK BV-GRIFFEL»), N 5; R. MORELL/K.A. VALLENDER/P. HETTICH, Art. 74, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung Art. 73-197, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit.: «SGK BV-MORELL/VALLENDER/HETTICH»), N 1; BUNDESKANZLEI, Volksabstimmung vom 06.06.1971, 5.7.2024, in: <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19710606/index.html>> (be-

Art. 24^{septies} aBV lautete bis am 31.12.1999 sodann wie folgt: «Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen. Er bekämpft insbesondere die Luftverunreinigung und den Lärm» (Abs. 1). «Der Vollzug der Vorschriften wird, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bunde vorbehält, den Kantonen übertragen» (Abs. 2).

Diese Bestimmungen wurden mit Art. 74 BV beibehalten. Nebst redaktionellen Anpassungen wurde mit dem neuen Art. 74 Abs. 2 BV das Vorsorge- und das Verursacherprinzip auf Verfassungsstufe verankert. Der Satz, wonach der Bund insbesondere die Luftverunreinigung und den Lärm zu bekämpfen habe, wurde hingegen nicht in den neuen BV-Artikel überführt.⁷ Das aktuell geltende Bundesgesetz über den Umweltschutz wurde 1983 gestützt auf den Art. 74 Abs. 1 BV erlassen. Art. 74 Abs. 1 BV lautet wie folgt: «Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen». Der zweite Absatz hält fest, dass der Bund dafür sorgt, dass solche (schädlichen oder lästigen) Einwirkungen vermieden werden. Die Kosten der Vermeidung und Beseitigung tragen die Verursacher. Gemäss Art. 74 Abs. 3 BV sind die Kantone für den Vollzug der Vorschriften zuständig, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält.

B. Gesetzliche Grundlagen zur Lärmbekämpfung⁸

Das Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7.10.1983 (nachfolgend USG) trat am 1.1.1985 in Kraft. Neben den Grundsätzen und den allgemeinen Bestimmungen in Art. 1 ff. USG sind vor allem Art. 11 ff. sowie Art. 19 ff. USG («Zusätzliche Vorschriften für den Schutz vor Lärm und Erschütterungen») für die Lärmbekämpfung von Relevanz. Sodann wird der Begriff der Einwirkung in Art. 7 Abs. 1 USG definiert.

Gemäss Art. 24 USG dürfen neue Bauzonen ausgeschrieben bzw. bestehende Bauzonen erschlossen werden, wenn die Planungswerte (nachfolgend PW)

sucht am 10.7.2024).

⁷ BSK BV-GRIFFEL (Fn. 6), N 6; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 1 ff., 248 wonach eine derartige Priorisierung «nicht sinnvoll sei»; SGK BV-MORELL/VALLENDER/HETTICH (Fn. 6) stimmen dieser Wortlautänderung zu.

⁸ Im Folgenden werden lediglich diejenigen USG- bzw. LSV-Artikel hervorgehoben, welche in den aktuellen Parlamentsdebatten hinsichtlich der USG-Revision behandelt werden.

als massgebende Belastungsgrenzwerte eingehalten werden (vgl. auch Art. 29 f. LSV). Baubewilligungen für neue Gebäude in lärmbelasteten Gebieten werden grundsätzlich nur bei Einhalten der Immissionsgrenzwerte (nachfolgend IGW) erteilt (Art. 22 USG, Art. 31 LSV). Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ist unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 22 Abs. 2 USG und Art. 31 Abs. 2 LSV möglich.

Hervorzuheben ist der anlagebezogene Ansatz des USG. Wie bereits erwähnt, diente der BV-Artikel sowie das darauf gestützt erlassene USG dem Schutz vor Immissionen, wobei die damals prioritär erwähnten Einwirkungen wie Luftverunreinigungen und Lärm vordergründig von technischen Anlagen ausgingen. So wird durch das Immissionsschutzrecht primär die Optimierung der Anlagen und nicht deren Verbot bezweckt.⁹

Das USG wird von der Lehre vielfach als Rahmengesetz qualifiziert, was eine «erhebliche Anzahl teils umfangreicher Ausführungsverordnungen zur Folge hatte»¹⁰.

Vorliegend interessiert besonders die Lärmschutzverordnung vom 15.12.1986 (nachfolgend LSV), welche am 1.4.1987 in Kraft trat. Der Zweck sowie der Geltungsbereich der LSV werden in Art. 1 LSV näher umschrieben. Die LSV weist neun Anhänge auf, wobei u.a. die Anforderungen an Berechnungsverfahren und Messgeräte (Anhang 2), die Belastungsgrenzwerte für Strassenverkehrslärm (Anhang 3) und die Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm (Anhang 6) geregelt werden.

C. Punktueller aus der Rechtsprechung

Bevor die aktuelle Debatte im Parlament zur USG-Revision näher beleuchtet wird, werden summarisch einige wegleitende Entscheide des Bundesgerichts der vergangenen Jahre erörtert, welche mitunter die laufende Revision angestossen haben.¹¹

Zunächst ist BGE 133 II 292 zu erwähnen, da dieses Urteil die Methodik der Einzelfallbeurteilung von Konstellationen mit fehlenden Belastungsgrenzwerten

⁹ BSK BV-GRIFFEL (Fn. 6), N 28 ff.; CH. JÄGER/A. BÜHLER, Schweizerisches Umweltrecht, Bern 2016, N 302 ff.

¹⁰ BSK BV-GRIFFEL (Fn. 6), N 23. Für Veranstaltungen mit Schall sind sodann Art. 18 ff. V-NISSG zu berücksichtigen.

¹¹ Die punktuelle Auswahl der Urteile erfolgte anhand ihrer praktischen Relevanz.

(in casu Sportanlage) ausführlich darlegt.¹² Auch die Frage des möglichen Einbezugs von ausländischen bzw. privaten Richtlinien als Entscheidungshilfen wird behandelt.

Im Urteil BGer 1C_471/2021 vom 10.10.2022 hat das Bundesgericht in E. 4.3 erneut bestätigt, dass Art. 24 Abs. 2 USG nicht anwendbar ist, wenn eine für die bisherige Nutzung genügend erschlossene Bauzone umgezont werden soll und hierfür die Erschliessung angepasst oder ergänzt werden muss. Im Zusammenhang mit der Kostentragung der Lärmbekämpfungsmassnahmen sind insbesondere die beiden Urteile BGE 132 II 371 und BGE 138 II 379 von Interesse.

Des Weiteren ist der viel diskutierte BGE 142 II 100 zu beleuchten, dessen Auswirkungen mittels der aktuellen USG-Revision wieder eingeschränkt werden sollen. Der Art. 39 Abs. 1 LSV normiert nämlich, dass bei Gebäuden die Lärmimmissionen in der Mitte der offenen Fenster lärmempfindlicher Räume ermittelt werden. GRIFFEL beschreibt den Zweck dieser Messweise wie folgt: «Damit soll nicht nur das Lüften, sondern (...) auch das längere Verweilen in Räumen mit geöffneten Fenstern ermöglicht werden, ohne übermässigem Lärm ausgesetzt zu sein»¹³. Folglich ist seiner Ansicht nach der Aussenlärm an *sämtlichen* offenen Fenstern der lärmempfindlichen Räume zu ermitteln. Zahlreiche Kantone haben sodann die sog. Lüftungsfensterpraxis (*la pratique de la fenêtre d'aération*) entwickelt, wonach es ausreichend ist, wenn die erforderlichen Belastungsgrenzwerte pro lärmempfindlichen Raum an *einem* (zum Lüften geeigneten) Fenster eingehalten werden.¹⁴ Diese Praxis wurde durch das Bundesgericht mit dem vorgenannten Urteil vom 16.3.2016 nicht geschützt.

II. Mögliche Entwicklung des künftigen Rechts

Im nachfolgenden Abschnitt wird das laufende Geschäft 22.085 als Schwerpunkt des vorliegenden Aufsatzes behandelt. Zunächst werden die wichtigsten Aspekte der Botschaft des Bundesrates untersucht. Anschliessend werden die Debatten des Ständerats (SR) und des Nationalrats (NR) chronologisch

¹² BGE 133 II 292, E. 3.3. Hinsichtlich des Geläuts von Kirchenglocken ist auf BGE 126 II 366 sowie BGer 1C_383/2016 und 1C_409/2016 vom 13.12.2017 hinzuweisen.

¹³ GRIFFEL (Fn. 3), S. 140.

¹⁴ GRIFFEL (Fn. 3), S. 140 f. Siehe ebenfalls Motion Flach Beat 16.3529.

dargelegt.

A. Botschaft zur USG-Revision

Die Botschaft zur Änderung des USG vom 16.12.2022 beinhaltet neben der Thematik der Lärmbekämpfung u.a. ebenfalls die der Altlasten sowie die der Lenkungsabgaben.

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen USG-Änderungen¹⁵ dienen der Umsetzung der Motion Flach 16.3529¹⁶ sowie des sog. nationalen Massnahmenplans zur Verringerung der Lärmbelastung vom 28.6.2017¹⁷. Das Positionspapier von zwei ausserparlamentarischen Expertenkommissionen behandelte ebenfalls die Verflechtung von Lärmbekämpfung und Raumplanung.¹⁸

Der Bundesrat legt das Problem, welches seiner Ansicht nach aus der aktuellen Rechtslage resultiert, wie folgt dar: «Entweder werden Bauten und Einzonungen zugunsten raumplanerischer Ziele auch dann bewilligt, wenn kein genügender Lärmschutz gewährleistet werden kann. (...) Oder Bauten und Einzonungen werden aus Lärmschutzgründen nicht bewilligt, was bedeutet, dass raumplanerische Ziele zurückgestellt werden müssen»¹⁹. Die USG-Revision sieht sodann eine Änderung der geltenden Art. 22 und 24 USG vor.

1. Art. 22 nUSG

Die vom Bundesrat beantragte Neuregelung des Art. 22 Abs. 2 nUSG sieht vor, dass bei Nichteinhaltung der IGW bei Gebäuden, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, eine Baubewilligung nur dann erteilt wird, wenn die Räume so angeordnet sind, dass bei jeder Wohneinheit mindestens die Hälfte der lärmempfindlichen Räume über ein Fenster verfügt, bei dem die IGW eingehalten sind und der bauliche Mindestschutz nach Art. 21 USG gegen Aussen- und

¹⁵ Botschaft zur Änderung des Umweltschutzgesetzes (Lärm, Altlasten, Lenkungsabgaben, Finanzierung von Aus- und Weiterbildungskursen, Informations- und Dokumentationssysteme, Strafrecht), BBl 2023 239 ff. (zit.: «Botschaft USG»), S. 2.

¹⁶ Motion Flach Beat 16.3529 «Siedlungsentwicklung nach innen nicht durch unflexible Lärmmessmethoden behindern».

¹⁷ Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats 15.3840 Barrazzone vom 14.9.2015.

¹⁸ Rat für Raumordnung ROR/Eidgenössische Kommission für Lärmbekämpfung EKLB, Lärmbekämpfung und Raumplanung, Grundlagen – Positionen – Stossrichtungen, Bern 2015.

¹⁹ Botschaft USG, S. 10.

Innenlärm angemessen verschärft wird.²⁰ Diese Lösung orientiert sich stark am Vorschlag des Cercle Bruit Schweiz, einem Verein, der die Förderung der Lärmbekämpfung sowie die Vertretung der Interessen der kantonalen Lärmschutzfachleute bezweckt.²¹ Des Weiteren werden mit der Neureglung die lärmrechtlichen Voraussetzung für eine Baubewilligung direkt im nUSG verankert.²²

In einer grösseren Überbauung soll für einen kleinen Anteil von Wohneinheiten eine Ausnahme gewährt werden können. In der LSV wird diese Ausnahme dahingehend präzisiert, dass dieser Anteil 10 % nicht übersteigen soll.²³ Im aktuellen Recht wird nur restriktiv bei einer Interessenabwägung und der Zustimmung durch eine kantonale Behörde eine Ausnahmegewilligung gewährt (vgl. Art. 31 Abs. 2 LSV). Die bundesrätliche Neuregelung sieht zudem eine spezielle Regelung bei Fluglärm vor, die vorliegend jedoch nicht näher thematisiert wird.²⁴

2. Art. 24 nUSG

Die beantragte Neuregelung des Art. 24 Abs. 3 nUSG sieht eine Ausnahme zur Einhaltung der Belastungsgrenzwerte nach Art. 24 Abs. 1 und 2 nUSG bei der Ausscheidung von Bauzonen und bei der Änderung von Nutzungsplänen vor. Diese Ausnahmeregelung greift folglich, wenn durch eine der vorgenannten Rechtshandlungen zusätzlicher Wohnraum geschaffen wird. Nebst einem überwiegenden Interesse an der Siedlungsentwicklung nach innen hat innerhalb der Bauzone oder in ihrer Nähe (konkret: in Fussdistanz) ein für die betroffene Bevölkerung zugänglicher Freiraum, welcher der Erholung dient, vorhanden zu sein. Zusätzlich sind Massnahmen vorzusehen, welche die Wohnqualität in akustischer Hinsicht verbessern.²⁵

Zudem sollen als neuer Ansatz, welcher in Abs. 2 verankert werden soll, Änderungen von Nutzungsplänen, welche wie bereits erwähnt zusätzlichen Wohnraum

schaffen, nur beschlossen werden können, wenn die IGW eingehalten werden.²⁶

Der geltende Art. 24 Abs. 2 USG betreffend die Anforderungen einer noch nicht erschlossenen, aber bereits ausgeschiedenen Bauzone wird aufgehoben, da dieser wie ein faktisches Erschliessungsverbot von bereits ausgeschiedenen Bauzonen wirkt.²⁷

Die noch bestehende Aufzählung der planerischen, gestalterischen oder baulichen Massnahmen in Art. 24 Abs. 1 und 2 USG wird ebenfalls ersatzlos gestrichen.²⁸

3. Zwischenfazit

Die Auswirkungen der beantragten Änderungen werden vom Bundesrat wie folgt umschrieben: «Formell bedeutet die Änderung gegenüber dem Wortlaut der heutigen Regelung eine leichte Aufweichung des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung vor Lärm. Allerdings ist in der Realität wohl keine negative Wirkung zu erwarten, weil die Neuregelung der heutigen Praxis vieler Kantone entspricht, bei der sehr viele Ausnahmen vom geltenden Recht gewährt werden»²⁹. GRIFFEL bezeichnet diese Entwicklung hinsichtlich des Art. 22 nUSG als eine «Kapitulation des Lärmschutzes»³⁰. Weiter wird seiner Ansicht nach «die hängige Gesetzesrevision den Lärmschutz beim Bauen in lärmbelasteten Gebieten praktisch eliminieren»³¹.

B. Ständerat als Erstrat

In den nachfolgenden Unterkapiteln werden die Debatten der parlamentarischen Räte chronologisch dargestellt. Zunächst fanden am 6. und 7.12.2023 die Debatten im SR statt.

1. Art. 22 nUSG

Das Vorhandensein einer Komfortlüftung oder einer automatischen Lüftung soll, da infolge der Installation einer derartigen Lüftung das Öffnen der Fenster "freiwillig und eigenverantwortlich" erfolge, dazu führen, dass die IGW bei geöffneten Fenstern nicht mehr eingehalten werden müssen. Dies wird von der Minderheit Crevoisier Crelier abgelehnt.³² Eine

²⁰ Botschaft USG, S. 48, 59.

²¹ Botschaft USG, S. 34, 48.

²² Botschaft USG, S. 55 f.

²³ Botschaft USG, S. 60.

²⁴ Vgl. Botschaft USG, S. 60 für weitere Informationen. So soll bspw. der bestehende Art. 31a LSV keine Änderung erfahren. Im Zusammenhang mit Fluglärm ist auch BGE 126 II 522, E. 46 von Interesse.

²⁵ Botschaft USG, S. 48 f., 55, 62 ff. Für den Begriff des Frei-raums ist auf Botschaft USG S. 62 ff. zu verweisen, welcher auf Verordnungsstufe festgelegt wird.

²⁶ Botschaft USG, S. 48.

²⁷ Botschaft USG, S. 49, 61.

²⁸ Botschaft USG, S. 61 f.

²⁹ Botschaft USG, S. 86.

³⁰ GRIFFEL (Fn. 3), S. 144.

³¹ GRIFFEL (Fn. 3), S. 147.

³² AB 2023 S 1088.

weitere künftige Alternative soll das Vorhandensein eines privat nutzbaren Aussenraums, bei dem die IGW eingehalten sind, sein. Ist ein solcher vorhanden und werden bei *einem* lärmempfindlichen Innenraum bei mindestens *einem* geöffneten Fenster die IGW eingehalten, ist die Baubewilligung zu erteilen.³³ Dies wurde von der Minderheit Crevoisier Crelier abgelehnt, da diesfalls eine mehrköpfige Familie zu entscheiden hätte, wer in dem einen ruhigen Zimmer schlafen könne.³⁴

Die Minderheit beantragte, dass abweichend von Art. 22 Abs. 1 nUSG die Erteilung der Baubewilligung voraussetzt, dass *jeder* lärmempfindliche Raum *ein* Fenster enthält, bei dessen Öffnung die IGW eingehalten sind und der bauliche Mindestschutz nach Art. 21 USG gegen Aussenlärm angemessen verschärft wird. Sollten diese Voraussetzungen nicht erfüllt sein, kann dennoch eine Baubewilligung erteilt werden, wenn mindestens die Hälfte der lärmempfindlichen Räume über ein Fenster mit eingehaltenen IGW verfügt, jede dieser Wohneinheiten mindestens einen ruhigen lärmempfindlichen Raum sowie einen ruhigen Aussenraum aufweist und der Mindestschutz nach Art. 21 USG angemessen verschärft wird.³⁵

Der Antrag der Mehrheit konnte sich mit 32 zu 11 Stimmen gegen denjenigen der Minderheit sowie mit 28 zu 15 Stimmen gegen den Entwurf des Bundesrats durchsetzen.³⁶

Hinsichtlich der Ausnahmen für einen kleinen Anteil an Wohneinheiten bei grossen Wohnüberbauungen sowie Fluglärm wurde mit 28 zu 12 Stimmen dem Entwurf des Bundesrats gefolgt. Die Minderheit Crevoisier Crelier schlug hingegen vor, dass die Ausnahmewilligung nicht für Fluglärm erteilt werden könne.³⁷

Bundesrat Röstli führte in einem Votum zudem aus, dass das UVEK zurzeit die von der EKLB vorgeschlagene Anpassung der in der LSV festgelegten Grenzwerte prüft.³⁸

2. Art. 24 nUSG

Die Mehrheit stimmte dem Entwurf des Bundesrats zu. Die Minderheit beantragte zwei Ergänzungen, welche jeweils mit 29 zu 11 Stimmen abgelehnt wurden. Eine Ergänzung hätte u.a. dazu geführt, dass der Bund die Gemeinden ermächtigen würde, wonach diese anstelle der Kantone betriebliche Massnahmen zur Immissionsbegrenzung anordnen könnten.³⁹ Die andere Massnahme hätte vorgesehen, dass Ausscheidungen von Bauzonen nur bei Einhaltung der IGW und die Änderungen von Nutzungsplänen in Bauzonen nur bei Einhaltung der Alarmwerte (nachfolgend AW) zulässig wäre.⁴⁰

C. Nationalrat als Zweitrat

1. Art. 22 nUSG

Am 4. und 11.4.2024 wurde das Geschäft im NR behandelt. Hinsichtlich Art. 22 Abs. 1 nUSG folgte der NR dem Beschluss des SR mit 119 zu 72 Stimmen.⁴¹ Die von der Mehrheit beantragte Änderung des Art. 22 Abs. 2 nUSG sieht vordergründig vor, dass bei jeder Wohneinheit mindestens ein lärmempfindlicher Raum über *ein* Fenster verfügt, bei dem die IGW eingehalten sind, und (i) bei den übrigen Räumen eine kontrollierte Wohnraumlüftung installiert wird oder (ii) ein privat nutzbarer Aussenraum zur Verfügung steht, bei dem die IGW eingehalten werden.⁴² Des Weiteren soll – wie auch vom SR beantragt – die Baubewilligung erteilt werden, wenn bei jeder Wohneinheit mindestens die Hälfte der lärmempfindlichen Räume über *ein* Fenster verfügt, bei dem die IGW eingehalten sind.⁴³

Nationalrätin Sutter, welche vier Minderheitsanträge stellte, bezeichnete die Vorlage als eine “eigentliche Kapitulation vor dem Lärmproblem” und warnte sogar vor einem Referendum.⁴⁴ Mit einem ihrer Anträge wollte sie die Einhaltung der AW in Art. 22 Abs. 2 nUSG garantieren, was mit 129 gegen 62 Stimmen abgelehnt wurde.⁴⁵

³³ AB 2023 S 1088.

³⁴ AB 2023 S 1089. Nationalrat Girod fragte, ob «die ganze Familie in einem einzigen Zimmer schlafen» soll, vgl. AB 2024 N 410.

³⁵ AB 2023 S 1086 f.

³⁶ AB 2023 S 1091.

³⁷ AB 2023 S 1091 f.

³⁸ AB 2023 S 1085.

³⁹ Vgl. hierzu ebenfalls Einzelantrag Hurter (AB 2024 N 219, 222, 398 ff.) sowie die Minderheit Masshardt (Wortlaut in AB 2024 N 414).

⁴⁰ AB 2023 S 1093 f.

⁴¹ AB 2024 N 403, 405.

⁴² AB 2024 N 403.

⁴³ AB 2023 S 1086 ; AB 2024 N 401.

⁴⁴ AB 2024 N 215.

⁴⁵ AB 2024 N 220, 405.

Die Minderheit Flach sah die Legalisierung der Lüftungsfensterpraxis vor, wonach bei jeder Wohneinheit *jeder* lärmempfindliche Raum über *ein* Fenster verfügen sollte, bei welchem die IGW eingehalten sind.⁴⁶ In der ersten Abstimmung erhielt der Antrag der Mehrheit zu Art. 22 Abs. 2 nUSG 120 und der der Minderheit Flach 72 Stimmen. Bei der zweiten Abstimmung stimmten 120 für den Antrag der Mehrheit und 72 für den Entwurf des Bundesrats.⁴⁷

2. Art. 24 nUSG

Hinsichtlich Art. 24 Abs. 1 und 2 nUSG folgte der NR dem Beschluss des SR.⁴⁸ Die Minderheit Suter beantragte, dass Ausscheidungen von Bauzonen nur zulässig seien, wenn die IGW eingehalten sind. Änderungen von Nutzungsplänen sollten nur zulässig sein, wenn die AW eingehalten sind. Dieser Antrag wurde mit 127 zu 63 Stimmen abgelehnt.⁴⁹

D. Behandlung der Differenzen durch den Ständerat

Am 28.5.2024 wurde das Geschäft wieder vom Ständerat behandelt.⁵⁰ Die Anträge der beiden Räte stimmten weitgehend überein bzw. sind bereits schon inhaltlich bereinigt. Der SR beantragte jedoch die Streichung des vorliegend nicht vertieft behandelten Art. 22 Abs. 4 und 5 nUSG hinsichtlich des Fluglärms.

Der SR hält an seiner Variante fest, wonach bei Vorhandensein einer Komfortlüftung oder einer automatischen Lüftung die IGW an keinem Fenster eingehalten werden müssen. Der NR verlangt hingegen, dass hierzu zusätzlich bei mindestens einem lärmempfindlichen Raum ein Fenster vorhanden ist, welches die IGW einhält.⁵¹ Bundesrat Röstli äusserte sich zudem mit einem Hinweis auf ein mögliches Referendum dahingehend, dass sich in politischer Hinsicht trotzdem die Frage stellt, inwieweit die Bevölkerung eine Lösung

akzeptiere, die statt auf offene Fenster mit frischer Luft auf eine künstliche Belüftung setze.

Fazit

Die kommende Herbstsession vom 9. bis 27.9.2024⁵² wird zeigen, inwiefern das geltende Umweltschutzrecht hinsichtlich des Lärms gelockert wird. Möglicherweise ist dann wirklich von einem Lärmschutzrecht – anstelle von einem Lärmbekämpfungsrecht – die Rede.

Gemäss telefonischer Auskunft der Kommissionen für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK) wird das revidierte USG voraussichtlich am 1.1.2026 in Kraft treten können. Sollte gegen die beschlossene Revision erfolgreich ein Referendum ergriffen werden, wird sich – bei einer entsprechenden Annahme der Vorlage – das Inkrafttreten gemäss einer Schätzung des UREK auf den 1.1.2027 verschieben.

Sollte tatsächlich ein Referendum ergriffen werden, was nicht als unwahrscheinlich zu werten ist, wird uns die Revision des Lärmbekämpfungsrecht noch über einen längeren Zeitraum hinweg begleiten. In wünschenswerter Weise würde dieses Thema dadurch auch in einer breiteren Öffentlichkeit diskutiert werden. Das Lärmbekämpfungsrecht ist und bleibt weiterhin dem Wandel der Zeit unterworfen.

⁵² Gemäss www.parlament.ch werden die Sessionsprogramme «am Abend des 23. August» aufgeschaltet (besucht am 10.7.2024). Stand des Aufsatzes: Mitte Juli 2024. Der Text der Schlussabstimmung, welche in der Herbstsession durchgeführt werden konnte, kann in BBl 2024 2502 nachgelesen werden. Die Referendumsfrist dauert bis am 16.1.2025

⁴⁶ AB 2024 N 403. Sollte diese Voraussetzung nicht erfüllt sein, sieht der von der Minderheit Flach beantragte Abs. 2bis einige Voraussetzungen vor, bei deren Erfüllung die Baubewilligung dennoch zu erteilen ist.

⁴⁷ AB 2024 N 405.

⁴⁸ AB 2024 N 414.

⁴⁹ AB 2024 N 406, 414.

⁵⁰ Da es sich zum Zeitpunkt der Abgabe bei der Debatte vom 28.5.2024 um einen sog. provisorischen Text handelt, können die zitierten Stellen nicht wie bis anhin mit der entsprechenden Stelle im Amtlichen Bulletin nachgewiesen werden.

⁵¹ SR Fässler geht davon aus, dass sich der NR aufgrund eines Schreibens des Vereins Minergie und des SIA, welches die Version des SR vorzieht, dem SR anschliessen wird. Dies wird sich in der kommenden Herbstsession zeigen.

Garantir l'exécution d'obligations de droit public face à l'écoulement du temps : charge administrative ou charge foncière de droit public ?

Alexandra Rayroux (avocate chez Baker McKenzie, doctorante à l'Université de Fribourg)

Sowohl die administrative Belastung als auch die öffentlich-rechtliche Grundlast sichern die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Verpflichtungen. Diese beiden Institutionen unterscheiden sich aber in mehreren Hinsichten: Erstere kann zwar auf eine grössere Anzahl öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen abzielen, bietet aber lediglich eine begrenzte Absicherung angesichts der mit dem Zeitablauf unweigerlich einhergehenden Veränderungen. Zweitere verlangt die Erfüllung strenger Voraussetzungen, erlaubt dafür jedoch eine Realsicherheit, die unabhängig der rechtlichen oder faktischen Entwicklungen dem Schicksal des Grundstücks folgt. Die Autorin vergleicht diese zwei juristischen Instrumente anhand der Baubewilligung.

Introduction

Nombreuses sont les dispositions de droit public à prévoir des obligations qui s'inscrivent dans la durée, tout particulièrement en matière d'autorisation de construire. Dans un tel cas, les autorités administratives doivent s'assurer que l'administré respecte les engagements qui lui incombent, ce indépendamment de l'écoulement du temps. À l'occasion de cette édition spéciale de *Quid ? Fribourg Law Review*, la présente contribution analyse deux instruments qui permettent de garantir que l'administré s'exécute malgré le passage du temps : la charge administrative (*infra* I) et la charge foncière de droit public (*infra* II).

I. La charge (administrative)

A. La notion

Les charges (administratives) « sont des obligations de comportement [...] imposées à leur destinataire à l'occasion d'une décision administrative (notamment une autorisation) et qui vont au-delà des conditions légales à remplir pour l'obtenir »¹. Il peut s'agir d'obligations de faire, de laisser-faire ou de ne pas faire².

¹ J.-B. ZUFFEREY, *Droit public de la construction – Sources et fondements – Aménagement du territoire – Règles de construction – Police de la construction – Protection de l'équilibre écologique – Procédure*, Berne 2024, § 46 N 669.

² A. RUCH, art. 22, in : H. Aemisegger (et al.) (édit.), *Commen-*

L'inexécution de la charge n'entraîne pas automatiquement la caducité de la décision qui la prévoit : dans un tel cas, l'autorité administrative doit utiliser un moyen de contrainte à l'encontre de l'administré et, au besoin, révoquer sa décision³.

B. L'exemple à l'appui de l'autorisation de construire

Les autorités recourent fréquemment aux charges, lorsqu'elles délivrent des autorisations de construire⁴. En effet, plutôt que de rejeter une requête, l'ajout d'une charge permet à l'autorité de délivrer l'autorisation de construire moyennant certaines mesures secondaires qui viennent la compléter ou la renforcer⁵. Dans ce contexte, la charge concerne souvent *l'exploitation de la construction ou de l'installation*⁶. C'est ainsi que l'autorisation de construire peut être assortie d'une charge qui impose d'entretenir en hiver la voie d'accès qui mène à l'immeuble, oblige de n'utiliser la construction qu'à certaines fins ou encore interdit de planter une haie qui ne s'intégrerait pas dans le paysage⁷.

Dans l'ATF 102 Ib 64, le Tribunal fédéral a par exemple retenu que des habitations d'alpage érigées sans autorisation au Lötschental (Valais) pouvaient être légalisées, pour autant que le permis de construire subséquent soit assorti d'une charge selon laquelle ces chalets ne peuvent être utilisés qu'en vue d'exploiter les pâturages alentours ; cette charge permet d'éviter que ces habitations ne soient un jour transformées en logements situés en dehors de la zone à bâtir et sans lien avec l'activité agricole⁸.

En tant que clause accessoire, la charge doit observer les mêmes exigences de droit administratif que la

taire pratique LAT – Autorisation de construire, procédure et protection juridique, Genève/Zurich/Bâle 2020, N 21.

³ P. MOOR/E. POLTIER, *Droit administratif – Les actes administratifs et leur contrôle*, vol. II, 3^e éd., Berne 2011, p. 92.

⁴ Cf. p. ex. ATF 102 Ib 64, c. 5.c) ; A. RAYROUX, *Les sûretés en droit public – Sûretés personnelles, sûretés réelles et autres garanties financières*, thèse Fribourg (à paraître dans la collection AISUF), § 16 N 653.

⁵ RUCH (n. 2), art. 22 N 18.

⁶ ZUFFEREY (n. 1), § 46 N 870.

⁷ J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, § 16 N 887 ; RUCH, (n. 2), art. 22 N 21.

⁸ ATF 102 Ib 64, c. 5.c).

décision, soit notamment reposer sur une base légale (même si celle-ci ne doit pas nécessairement être expresse) et respecter le principe de proportionnalité. L'intérêt public exige en outre qu'il existe un lien matériel suffisamment étroit avec l'autorisation de construire ; à défaut, la charge ne peut pas être imposée à l'administré (par exemple les frais d'équipement ne peuvent pas être mis à charge du débiteur par le biais d'une clause accessoire dans l'autorisation de construire)⁹.

La charge est également susceptible d'obliger l'administré à accepter une éventuelle révocation de l'autorisation de construire assortie d'une remise en état ; en pratique, autorités et administrés prévoient souvent ce type de charges en cas de dérogation octroyée pour des travaux non conformes à la zone dans une convention (ou « convention de précarité »)¹⁰.

II. La charge foncière de droit public

A. La notion

1. Un droit réel de garantie de droit public

La charge foncière de droit public oblige le propriétaire d'un immeuble *envers la collectivité publique* à effectuer une prestation dont il ne répond que sur cet immeuble¹¹. Elle résulte de la combinaison, d'une part, d'une obligation rattachée à un immeuble qui permet d'exiger une prestation de son propriétaire actuel (obligation propter rem) et, d'autre part, d'une charge réelle qui assujettit l'immeuble à la garantie de cette obligation¹². Tant que la charge foncière existe, le débiteur ne répond pas sur l'ensemble de ses biens, mais uniquement sur l'immeuble grevé¹³. En cas de vente de l'immeuble, la dette demeure liée à l'immeuble et non au vendeur¹⁴.

⁹ Pour l'ensemble de ces développements : RUCH (n. 2), art. 22 NN 19 et 21 ; cf. ég. RDAF 2008 I p. 387.

¹⁰ Pour l'ensemble de ces développements : ZUFFEREY (n. 1), § 46 N 871 s.

¹¹ D. JENNY, art. 784, in : T. Geiser/S. Wolf (édit.), Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch II, 7^e éd., Bâle 2023 (ci-après « BSK ZGB II-JENNY, art. »), N 1.

¹² P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome III – Servitudes personnelles – Charges foncières – Droits de gage immobiliers – Droits de gage mobiliers, 5^e éd., Berne 2021, § 77 NN 3914 à 3917.

¹³ D. PIOTET, Traité de droit privé suisse – Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, tome V/2, 2^e éd., Bâle 2012, p. 213 s. NN 727, 728 et 730.

¹⁴ J.-D. NOVERRAZ, Constitution et contenu de la charge foncière, thèse, Lausanne 2005, p. 15 N 48.

Lorsqu'elle relève du droit public, la charge foncière représente une « restriction de la propriété établie dans l'intérêt public avec un contenu analogue à celui des charges foncières ordinaires »¹⁵. Cette restriction à l'art. 26 Cst.¹⁶ est grave et nécessite une base légale formelle¹⁷ ; une simple ordonnance ou le droit coutumier ne suffisent pas¹⁸. La charge foncière doit en outre poursuivre un but d'intérêt public et respecter le principe de proportionnalité¹⁹. Tant la Confédération, un canton, une commune que tout autre corporation et établissement de droit public sont susceptibles d'être bénéficiaires d'une charge foncière de droit public²⁰.

La charge foncière de droit public représente – avec l'hypothèque légale de droit public cantonal (art. 836 CC²¹) – l'un des deux seuls droits réels de garantie de droit public sur des immeubles²². Elle constitue une hypothèque au sens de l'art. 37 al. 1 LP²³ : en cas d'inexécution de la prestation, la charge foncière de droit public fait l'objet d'une procédure en réalisation du gage (art. 151 ss LP)²⁴.

2. Les règles applicables

Le droit administratif régit les charges foncières de droit public, à l'exclusion du droit privé²⁵. L'art. 784 CC se contente de prévoir que les dispositions sur les hypothèques légales de droit public cantonal sont applicables par analogie à la constitution des charges foncières de droit public et à leurs effets à l'égard des tiers de bonne foi. Pour le surplus, le droit cantonal régit les modalités de la charge foncière²⁶ ; il

¹⁵ J.-D. NOVERRAZ, art. 784, in : P. Pichonnaz/B. Foëx/D. Pirotet (édit.), Code civil II, Commentaire romand, Bâle 2016 (ci-après « CR CC II-NOVERRAZ, art. »), N 2.

¹⁶ RS 101.

¹⁷ BSK ZGB II-JENNY (n. 11), art. 784 N 2.

¹⁸ PIOTET (n. 13), p. 230 N 792 ; contra : CR CC II-NOVERRAZ (n. 15), art. 784 N 3.

¹⁹ P. SIMONIUS/T. SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht – Band II – Die beschränkten dinglichen Rechte, Bâle 1990, § 11 N 50.

²⁰ STEINAUER (n. 12), § 77 N 3925. Pour l'ensemble de ces développements cf. ég. : RAYROUX (n. 4), § 16 N 645 ss.

²¹ RS 210.

²² D. PIOTET, Droit cantonal complémentaire, in : P. Tercier (édit.), Traité de droit privé suisse – Histoire et champ d'application, vol. I/tome II, Fribourg 1998, p. 191 N 588.

²³ RS 281.1.

²⁴ SIMONIUS/SUTTER (n. 19), § 11 N 52.

²⁵ TC/VD AC.2015.0292 du 17 avril 2018, c. 5.a) ; B. BOVAY/D. SULLIGER/L. PFEIFFER, Aménagement du territoire, droit public des constructions et permis de construire – Jurisprudence rendue en 2018 par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois, RDAF 2019 I p. 213.

²⁶ C. WIELAND, Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilge-

s'agit d'un cas de réserve au sens de l'art. 6 al. 1 CC²⁷.

Aucune disposition de droit fédéral n'instaure à notre connaissance de charge foncière de droit public²⁸ ; seul le droit administratif cantonal fait usage de cette possibilité. Il en résulte que le contenu des charges foncières de droit public demeure à ce jour uniquement réglé par le droit cantonal²⁹. En l'absence de réglementation cantonale, les art. 783 à 792 CC s'appliquent à titre de droit public supplétif³⁰.

B. La prestation due

La prestation peut consister en une *prestation en argent* (par exemple payer les primes d'assurance-incendie de caractère public³¹), *en nature ou en travail* (par exemple détruire une construction illicite située dans l'aire forestière ; cf. art. 102 al. 1 LVLFo/VD³²)³³. En pratique, la plupart des charges foncières ont pour objet des prestations en argent³⁴ ; c'est ainsi que le droit bâlois garantit le paiement de la taxe sur la plus-value grâce à une charge foncière de droit public (cf. § 123 Abs. 1 BPG/BS³⁵)³⁶.

Contrairement à ce qui vaut pour les charges foncières de droit privé, l'art. 782 al. 3 CC prévoit que les prestations dues en vertu d'une charge foncière de droit public ne doivent pas nécessairement être en corrélation avec l'économie du fonds grevé ou se rattacher aux besoins de l'exploitation du fonds dominant. Ces prestations ne doivent dès lors pas forcément être directement tirées de la substance du fonds, soit en raison des qualités naturelles de ce dernier, soit en raison de son affectation économique (par exemple l'obligation pour le propriétaire du fonds grevé sur lequel se trouve une forêt de livrer du bois à une

scierie³⁷)³⁸.

La dispense de l'art. 782 al. 3 CC ne concerne que la prestation due ; la créance que garantit la charge foncière doit toujours relever du droit public et présenter un certain *lien avec l'immeuble grevé* (art. 836 CC applicable par analogie)³⁹. Les autorités administratives auraient sinon le pouvoir d'exiger la constitution d'une charge foncière de droit public pour n'importe quelle créance de droit public, sans que le propriétaire de l'immeuble ne doive cette créance du fait de sa qualité de propriétaire foncier⁴⁰.

C. La constitution

1. Le titre d'acquisition

La charge foncière doit se fonder sur un titre d'acquisition valable pour être constituée : en tant que restriction grave à la garantie de la propriété, elle nécessite une *base légale formelle* ; c'est ainsi que la plupart des charges foncières trouvent leur fondement dans les lois cantonales d'application du Code civil (par exemple art. 87 ss CPJD/VD⁴¹, § 188 EG ZGB/BS⁴² et art. 173 LACC/VS⁴³) ou dans les lois spéciales (par exemple art. 102 al. 1 LVLFo/VD)⁴⁴.

La doctrine admet également la possibilité de conclure un *contrat de droit administratif* en vue de constituer une charge foncière de droit public : l'existence de la charge foncière ne découle pas du contrat en tant que tel, mais de la loi ; le contrat sert à préciser le contenu de la disposition légale qui prévoit une charge foncière de manière générale et permet de convenir de certains éléments que l'autorité administrative ne pourrait pas imposer unilatéralement⁴⁵. En revanche, un contrat de droit privé ne représente pas un titre d'acquisition suffisant pour constituer une charge foncière de droit public⁴⁶.

setzbuches, ZüKomm. IV., Zurich 1909 (ci-après « ZK-ZGB-WIELAND, art. »), art. 784 N 4.

²⁷ NOVERRAZ (n. 14), p. 125 N 353. Pour l'ensemble de ces développements cf. ég. : RAYROUX (n. 4), § 16 N 655.

²⁸ BSK ZGB II-JENNY (n. 11), art. 784 N 4 ; PIOTET (n. 13), p. 219 N 750.

²⁹ PIOTET (n. 13), p. 219 N 750.

³⁰ *Idem*, p. 219 N 751.

³¹ Message du 27 juin 2007 concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), FF 2007 p. 5047 ; STEINAUER (n. 12), § 77 N 3926.

³² RS/VD 921.01.

³³ NOVERRAZ (n. 14), p. 14 s. N 47.

³⁴ *Idem*, p. 129 N 366.

³⁵ RS/BS 730.100.

³⁶ Pour l'ensemble de ces développements : RAYROUX (n. 4), § 16 N 649 ss.

³⁷ P. PIOTET, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in : M. Gutzwiller (et al.) (édit.), *Traité de droit privé suisse*, Tome V/3, Fribourg 1978, § 16 p. 131.

³⁸ CR CC II-NOVERRAZ (n. 15), art. 784 N 14 ss. Cf. ég. RAYROUX (n. 4), § 16 N 650.

³⁹ NOVERRAZ (n. 14), p. 129 N 368 ; STEINAUER (n. 12), § 77 N 3926.

⁴⁰ NOVERRAZ (n. 14), p. 129 s. N 368. Pour l'ensemble de ces développements cf. ég. : RAYROUX (n. 4), § 16 N 651.

⁴¹ RS/VD 211.02.

⁴² RS/BS 211.100.

⁴³ RS/VS 211.1.

⁴⁴ BSK ZGB II-JENNY (n. 11), art. 784 N 9 s.

⁴⁵ Pour l'ensemble de ces développements : CR CC II-NOVERRAZ (n. 15), art. 784 N 6 ; cf. ég. MOOR/POLTIER (n. 3), p. 458.

⁴⁶ CR CC II-NOVERRAZ (n. 15), art. 784 N 5. Pour l'ensemble de ces développements : cf. ég. RAYROUX (n. 4), § 16 N 659 ss.

2. L'opération d'acquisition

Le Code civil permet d'inscrire les charges foncières de droit public au registre foncier et assure ainsi la compatibilité des droits réels immobiliers prévus en droit administratif avec ceux du droit privé⁴⁷ : sauf disposition légale contraire, la charge foncière de droit public prend naissance *ex lege*, sans inscription au registre foncier (cf. par exemple § 188 al. 1 EG ZGB/BS)⁴⁸ ; elle est dite « directe ». Depuis sa révision entrée en vigueur en 2012, l'art. 836 al. 2 CC – applicable par renvoi de l'art. 784 CC – renforce toutefois l'effet de publicité du registre foncier, puisqu'il limite l'opposabilité des charges foncières directes qui ne sont pas inscrites au registre foncier aux tiers qui se sont fondés de bonne foi sur le registre foncier⁴⁹.

Il arrive également que le droit cantonal confère au créancier une prétention à l'établissement d'un gage immobilier : la charge foncière « indirecte » de droit public naît alors au moment de son *inscription au registre foncier*⁵⁰. Il en va par exemple ainsi de la charge foncière prévue à l'art. 81 al. 3 LATC/VD⁵¹ dont le but est d'assurer le maintien et la destination d'un bâtiment situé hors de la zone à bâtir et qui naît uniquement lors de son inscription au registre foncier⁵².

3. Le rang

La norme qui instaure la charge foncière détermine généralement son rang⁵³. Sauf réglementation contraire, lorsque la charge foncière de droit public est directe, celle-ci prime tout autre droit de gage⁵⁴. Lorsque la charge foncière est indirecte, le principe de la priorité dans le temps s'applique, à notre sens, grâce à une application par analogie des art. 836 cum 972 CC (cf. art. 784 CC)⁵⁵ ; la charge foncière prend dès lors rang au moment de son inscription au registre foncier⁵⁶.

⁴⁷ PIOTET (n. 13), p. 218 N 747.

⁴⁸ H. DESCHENAUX, in : *Traité de droit privé suisse*, vol. V/tome II/2, Fribourg 1983, § 20 p. 343.

⁴⁹ Message du 27 juin 2007 concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), FF 2007 p. 5046.

⁵⁰ NOVERRAZ (n. 14), p. 128 N 364.

⁵¹ RS/VD 700.11.

⁵² Pour l'ensemble de ces développements : RAYROUX (n. 4), § 16 N 662.

⁵³ SIMONIUS/SUTTER (n. 19), § 11 N 51.

⁵⁴ BSK ZGB II-JENNY (n. 11), art. 784 N 8 ; ZK ZGB-WIELAND (n. 26), art. 784 N 4. Contra : PIOTET (n. 13), p. 219 N 751.

⁵⁵ Cf. D. O. ADLER, *Die Errichtung des Grundpfandrechts nach § 197 EG ZGB*, PBG 2020 p. 9.

⁵⁶ Pour l'ensemble de ces développements : RAYROUX (n. 4), § 16 N 664.

D. L'exemple à l'appui de l'autorisation de construire

L'art. 81 LATC/VD traite des projets de construction ou de changement de l'affectation d'une construction ou d'une installation existante situés *hors de la zone à bâtir* : selon l'al. 3 de cette disposition, les conditions fixées dans cette autorisation spéciale sont incluses dans l'autorisation communale. Le département peut subordonner l'autorisation de construire à l'inscription d'une charge foncière pour assurer le maintien et la destination du bâtiment. La valeur de la charge correspond à l'avantage économique retiré par le propriétaire (art. 86 al. 2 RLATC/VD⁵⁷)⁵⁸. C'est par exemple ainsi que les autorités vaudoises ont octroyé une autorisation spéciale pour agrandir une maison d'habitation située dans la zone agricole de la Commune d'Ormont-Dessous, moyennant l'inscription d'une charge foncière de droit public d'une valeur de CHF 50'000.- pour une durée de trente ans, afin de garantir l'utilisation exclusivement agricole ou compatible avec la destination de la zone de la parcelle et des bâtiments qu'elle contient⁵⁹.

De même, dans son arrêt AC.2015.0292, le Tribunal cantonal a eu à connaître d'un ordre de remise en état d'un bâtiment agricole à Château-d'Oex dans lequel des travaux avaient été réalisés et où des voitures de collection étaient désormais stationnées : selon le service compétent, le propriétaire avait violé l'obligation de n'utiliser les bâtiments qu'à des fins strictement agricoles pendant une période de trente ans, obligation à laquelle il avait souscrit par charge foncière inscrite au registre foncier et garantie à titre réel pour une somme de CHF 50'000.- ; il devait par conséquent cette somme à l'État de Vaud⁶⁰. Dans son jugement, le Tribunal cantonal casse (partiellement) cette décision : étant donné que les travaux effectués n'ont pas entraîné de changement d'affectation, il n'y a pas de violation de la charge foncière de droit public⁶¹. Par ailleurs, le Tribunal rappelle dans son arrêt que les clauses d'une charge foncière inscrite au registre foncier restent sans effet sur les règles de droit public applicables ; il n'est donc pas possible de soutenir qu'une clause de la charge foncière déroge aux normes de la LAT et autorise l'entreposage de voitures de

⁵⁷ RS/VD 700.11.1.

⁵⁸ Cf. ég. B. BOVAY/D. SULLIGER, *Aménagement du territoire, droit public des constructions et permis de construire*, RDAF 2015 I p. 152.

⁵⁹ TC/VD AC.2010.0173 du 11 mai 2011, c. B.

⁶⁰ TC/VD AC.2015.0292 du 17 avril 2018, c. B.

⁶¹ *Idem*, c. 5.b).

collection dans un bâtiment situé en zone agricole⁶².

Lorsque les *travaux ont été réalisés grâce à des subventions*, certaines lois spéciales prévoient la possibilité de constituer une charge foncière de droit public sur l'immeuble afin de garantir le remboursement de la subvention en cas de non-respect de ses conditions d'octroi. Tel est par exemple le cas de la loi vaudoise sur les améliorations foncières⁶³ : les art. 113, 114, 116 et 119 LAF/VD instaurent une charge foncière qui permet de s'assurer que les ouvrages améliorés à l'aide de contributions allouées à titre d'améliorations foncières (par exemple pour la réfection de murs de vigne) ne soient pas soustraits à la destination pour laquelle les subventions ont été octroyées. Il s'agit d'une charge foncière indirecte, à savoir qui n'existe qu'après son inscription au registre foncier (art. 119 al. 2 LAF/VD).

Conclusion

Tant la charge (administrative) que la charge foncière visent à garantir un certain comportement de la part de l'administré. La charge foncière se distingue néanmoins sur plusieurs aspects : elle ne peut porter que sur des créances de droit public qui présentent un certain lien avec l'immeuble grevé⁶⁴, tandis qu'il est possible de prévoir une charge (administrative) pour toute créance de droit public indépendamment d'une éventuelle connexion avec l'immeuble. De plus, la charge foncière de droit public constitue une obligation propter rem ; en cas de vente, elle demeure liée à l'immeuble, de sorte que l'obligation de fournir la prestation est transmise à l'acquéreur⁶⁵. La charge foncière suit par conséquent la qualité de propriétaire du fonds grevé sur une longue durée, alors que la charge administrative se rattache uniquement à la personne de l'administré. En tant que gage au sens de l'art. 37 LP, la charge foncière de droit public permet à la collectivité d'introduire une procédure de poursuite en réalisation de gage en cas d'inexécution de la prestation due et, ainsi, de faire réaliser l'immeuble (cf. art. 791 CC)⁶⁶. Enfin, l'existence d'une charge foncière de droit public permet de préjuger de toute éventuelle pesée des intérêts, ce qui permet

de garantir l'exécution d'une prestation indépendamment d'éventuels changements de circonstances de fait ou de droit ; elle s'inscrit dès lors comme un *moyen complémentaire et plus conservateur* que la charge administrative⁶⁷.

Constituer une charge foncière de droit public permet à la collectivité de bénéficier d'un outil foncier qui lui garantit une certaine utilisation ou un certain comportement en lien avec le bien-fonds grevé. Cette garantie *perdure durant toute sa durée de validité*, indépendamment d'une éventuelle aliénation de l'immeuble. Il s'agit dès lors d'un moyen plus incisif dont bénéficie la collectivité que celui de la charge administrative. Toutefois, en tant que restriction grave à la garantie de la propriété, il ne peut y être recouru que si une base légale formelle, de droit cantonal et suffisamment dense prévoit la possibilité de constituer une charge foncière. Par conséquent, il s'agira d'une garantie *moins fréquente en pratique* que la charge administrative : cette dernière requiert uniquement une base légale, de droit fédéral, cantonal ou communal, qui n'a pas nécessairement besoin d'être expresse et ne nécessite pas une connexion particulière avec l'immeuble en question. Les autorités seront ainsi en mesure d'imposer une charge en garantie d'une obligation de droit administratif dans un plus grand nombre de cas et à des conditions moins strictes que celles de la charge foncière de droit public ; cette protection ne permettra en revanche pas à la collectivité de bénéficier d'une garantie réelle qui perdure sur l'immeuble malgré les changements de circonstances, corollaires inévitables de l'écoulement du temps.

⁶⁷ Cf. BOVAY/SULLIGER (n. 58), p. 152 s. ; K. SIDI-ALI, La protection des biotopes en droit suisse – Étude de droit matériel, thèse Lausanne, Genève 2008, p. 222. Pour l'ensemble de ces développements : RAYROUX (n. 4), § 16 N 653 s.

⁶² TC/VD AC.2015.0292 du 17 avril 2018, c. 4.

⁶³ RS/VD 913.11.

⁶⁴ NOVERRAZ (n. 14), p. 129 N 368 ; STEINAUER (n. 12), § 77 N 3926.

⁶⁵ NOVERRAZ (n. 14), p. 15 N 48 et p. 16 N 51.

⁶⁶ SIMONIUS/SUTTER (n. 19), § 11 N 52 ; C. JOYE-YERLY, Le registre foncier – Le système, les écritures au grand livre et leurs effets, thèse Fribourg, Genève 2018, § 8 N 255.

Von autonomen Fahrzeugen, Robotern und Drohnen: Die Haftung für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen – Ausservertragliche Haftungsfragen im Wandel der technischen Zeit*

Raja-Marie Achermann, MLaw (Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Privatrecht IV von Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli, Universität Freiburg, derzeit Gastforscherin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg)

Dans la présente contribution, l'auteur traite la responsabilité extracontractuelle des machines qui disposent d'algorithmes capables d'apprendre et de prendre des décisions, tels que les véhicules autonomes, les robots ou les drones. Elle examine la difficulté d'imputer une responsabilité à l'utilisateur ou au producteur. L'auteur parvient à la conclusion que les bases légales du CO et de la LRFP montrent leurs limites face à cette question. En revanche, introduire une responsabilité générale pour risque ou une responsabilité de l'e-personne constituent des approches intéressantes.

Einführung

Man stelle sich vor, in ein vollautomatisiertes Fahrzeug einzusteigen und dem Autopiloten anzuordnen, von Zürich nach Genf zu fahren. Nach den ersten fünfzig unfallfreien Fahrkilometern lehnen Sie sich entspannt zurück, nach weiteren fünfzig Fahrkilometern schliessen Sie gar die Augen. Der Hersteller hat schliesslich versichert, dass das autonome Fahrzeug geprüft und getestet wurde. Die Fahrzeugsoftware hat über seine Sensoren, Prozessoren sowie Aktoren¹ eine Unmenge von Daten über seine Umgebung

* Inspiriert durch das Thema «Recht im Wandel der Zeit» der vorliegenden Jubiläumsausgabe der Zeitschrift *Quid? Fribourg Law Review* und fasziniert von den rechtlichen Fragen und Herausforderungen durch die technische Entwicklung, habe ich mich an das Thema der Haftung für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen herangewagt. Meine Gedanken dazu habe ich hier niedergeschrieben im Wissen, dass der heutige Stand der Technik dem Wandel der Zeit stark ausgesetzt ist, und meine Gedanken von heute, vielleicht bereits morgen überholt sein können. Als ehemaliges Redaktionsmitglied bedanke ich mich bei allen, die zum Fortbestehen dieser Zeitschrift in der Vergangenheit mitgewirkt haben, im Hier und Jetzt mitwirken, und in Zukunft mitwirken werden.

¹ M. F. MÜLLER, *Roboter und Recht*, AJP 5/2014, S. 595 ff., 596 m.w.H.

gesammelt. Damit trainiert der Autodidakt sein Softwaresystem, um Hindernisse immer genauer zu erkennen. Kurz vor dem Ziel stoppt das Fahrzeug aufgrund eines Aufpralls. Aufgeschreckt steigen Sie aus dem Fahrzeug aus. Als Sie das Kind am Strassenrand wohl auf sehen, sind Sie sichtlich erleichtert. Das Onewheel des Kindes hingegen hat schon besser ausgesehen. Herrje, wer haftet nun? Das alles klingt nach Zukunftsmusik. Aber bereits heute existieren Maschinen, wie autonome Fahrzeuge, Roboter und Drohnen, die eine komplexe Softwarearchitektur beinhalten. Ihnen gemeinsam ist, dass sie im Kern auf lern- und entscheidungsfähigen bzw. intelligenten Algorithmen beruhen.² Die Haftung für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen wirft neue Rechtsfragen auf.

Nach dieser Einführung erläutere ich zunächst die technischen Grundlagen (*infra I*). Danach setze ich mich mit der Schwierigkeit der Zurechenbarkeit auseinander (*infra II*), um anschliessend die Haftungsgrundlagen nach geltendem Recht (*infra II*) zu analysieren, wobei ich mich auf die mögliche Haftung des Herstellers nach dem Produkthaftpflichtgesetz sowie die mögliche Haftung des Nutzers mittels Analogien beschränkt habe. Dann untersuche ich unterschiedliche Lösungsansätze (*infra III*) und zuletzt folgt mein Fazit. Ausgelassen habe ich bei meiner Untersuchung die Haftung nach SVG, das im Ausgangsbeispiel in Frage kommt, sowie allfällige weitere Haftungsgrundlagen.

I. Technische Grundlagen

Wer sich mit Haftungsfragen im Zusammenhang mit autonomen Fahrzeugen, Robotern und Drohnen auseinandersetzen will, benötigt ein Verständnis der technischen Grundlagen. Die Suche nach einer Legaldefinition ist jedoch vergebens, umso unzähliger lassen sich Definitionen in den verschiedenen

² S. HÄNSENBERGER, *Die Haftung für Produkte mit lernfähigen Algorithmen*, Jusletter, 26.11.2018, N 1.

wissenschaftlichen Disziplinen finden. Auch in den Rechtswissenschaften haben sich unzählige Ansätze rechtlicher Definitionen und Einordnungen etabliert. Geschuldet ist dieser Umstand sicherlich auch der steten Entwicklung der Technik.

A. Verhältnis von Maschine, Software und Algorithmus

Autonome Fahrzeuge, Roboter und Drohnen sind Maschinen, die selbstständig bzw. autonom mittels Sensoren fühlen, sich mittels Aktuoren bewegen und mittels Prozessoren entscheiden können.³ Dabei wird die Maschine durch eine Software gesteuert. Damit die Software autonom ist und auf nicht vorgesehene Situationen, wie im Ausgangsbeispiel, reagieren kann, wird sie mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen «gefüttert».⁴ Bei einem Algorithmus handelt es sich um «eine Folge von [...] Anweisungen, mit denen ein Problem gelöst werden kann».⁵ Die Anweisungen können entweder eine einfache «Wenn-Dann» oder eine komplexe sein.

Eine Maschine kann mit einer Software ausgestattet sein, die lern- und entscheidungsfähige Algorithmen beinhaltet, wie etwa ein Roboter oder, wie im Ausgangsbeispiel, ein autonomes Fahrzeug; muss es aber nicht.⁶ Es gibt auch Maschinen mit Softwares ohne lern- und entscheidungsfähiger Algorithmen, wie z.B. ein Telemanipulator⁷, der es dem Chirurgen erlaubt, seine ausgeführten Bewegungen auf Roboterarme zu übertragen.⁸ Umgekehrt gibt es auch Softwares mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen, die nicht in Form einer Maschine bzw. ohne Gehäuse vorkommen, wie etwa Clouds.⁹ Im Nachfolgenden spreche ich von Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen, die sowohl Roboter, vollautomatisierte Fahrzeuge als auch Drohnen umfassen. Was ich unter lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen verstehe, folgt im nächsten Abschnitt.

B. Vom Algorithmus zu maschinellem Lernen und künstlicher Intelligenz

Sowohl maschinelles Lernen (*Machine Learning*, ML) als auch künstliche Intelligenz (KI, *Artificial Intelligence*) bestehen aus Algorithmen. Der Unterschied liegt darin, ob die Algorithmen mit strukturierten oder mit unstrukturierten Daten «gefüttert» werden. Beim Ersten handelt es sich um ML, beim Letzten um KI, wobei nicht immer festgestellt werden kann, ob die zugrunde liegenden Daten strukturiert oder unstrukturiert sind.

Gegenwärtig existiert eine Vielzahl an verschiedenen Algorithmen, wobei in der heutigen Technologie oft hybride Ansätze bei KI-Systemen anzutreffen sind.¹⁰ Neuronale Netze¹¹ können in einfachster Form nach dem Vorbild des menschlichen Gehirns veranschaulicht werden. Bei neuronalen Netzen werden die Fähigkeiten nicht programmiert, sondern durch eine Vielzahl von Teilalgorithmen (sog. künstliche Neuronen) trainiert.¹² Dabei werden Informationen aus der Umwelt von einem Neuron aufgenommen und an ein anderes Neuron weitergeleitet.¹³ Neuronale Netze versuchen, das menschliche Vorgehen nachzubilden, um Probleme zu lösen.¹⁴ Diese Erscheinungsform kann auch als Entscheidungs-Algorithmus bezeichnet werden.¹⁵ Davon abzugrenzen sind genetische bzw. evolutionäre Algorithmen, die für ein anstehendes Problem auf Basis von Zufall unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten (sog. Mutationen des Gens) berechnen.¹⁶ Diese Erscheinungsform kann als Optimierungs-Algorithmus angesehen werden.

Genetische Algorithmen können in Verbindung mit neuronalen Netzen zum Einsatz kommen, indem künstliche Neuronen mutieren und für eine Evolution sorgen.¹⁷ Darunter verstehe ich lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen. In diesen Fällen

³ U. FREYTAG, Sicherheitsrechtliche Aspekte der Robotik, *Sicherheit & Recht* 2/2016, S. 111 ff., 112.

⁴ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 4.

⁵ C. WIDMER LÜCHINGER, Apps, Algorithmen und Roboter in der Medizin, *Haftungsrechtliche Herausforderungen*, HAVE 1/2019, S. 3 ff., 5.

⁶ WIDMER LÜCHINGER (Fn. 5), S. 6.

⁷ Auch Teleroboter genannt; mehr dazu MÜLLER (Fn. 1), S. 597; WIDMER LÜCHINGER (Fn. 5), S. 6; L. BLECHSCHMITT, *Die straf- und zivilrechtliche Haftung des Arztes beim Einsatz roboterassistierter Chirurgie*, Baden-Baden 2017, S. 25 ff.

⁸ WIDMER LÜCHINGER (Fn. 5), S. 5.

⁹ WIDMER LÜCHINGER (Fn. 5), S. 6.

¹⁰ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 6.

¹¹ Zu neuronalen Netzen siehe S. HÄNSENBERGER, *Die zivilrechtliche Haftung von autonomen Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften*, Diss. St. Gallen, Berlin 2018, S. 49 ff.

¹² HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 5 m.w.H.

¹³ P. GILLIÉRON, *La transformation numérique du monde du droit*, Zürich 2019, S. 123 f.

¹⁴ HÄNSENBERGER, Diss. (Fn. 11), S. 44.

¹⁵ Mehr zu den Arten von Entscheidungs-Algorithmien in HÄNSENBERGER, Diss. (Fn. 11), S. 47 ff.

¹⁶ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 5; ders., Diss. (Fn. 11), S. 53 ff.

¹⁷ HÄNSENBERGER, Diss. (Fn. 11), S. 55.

rückt die menschliche Kontrolle durch die Lern- und Entscheidungsfähigkeit der Algorithmen immer weiter in den Hintergrund.¹⁸

II. Schwierigkeit der Zurechenbarkeit

Im Nachfolgenden habe ich nach Anknüpfungspunkten für die Zurechenbarkeit gesucht, um danach den Haftungsfragen (*infra* III. und IV.) nachzugehen. Doch die Suche nach einem Anknüpfungspunkt stellt bei Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen ein Problem dar.¹⁹

A. Eigenschaft der Autonomie

Je autonomer eine Maschine von menschlicher Kontrolle agiert, desto schwieriger ist es, die Zurechenbarkeit des Herstellers oder des Nutzers nachzuweisen. In der Lehre wurden verschiedene Modelle ausgearbeitet, ab wann eine Maschine autonom ist, wobei ich nachfolgend auf zwei Modelle eingehe: (*infra* II.A.1.) die Skala der Selbstständigkeit, und (*infra* II.A.2.) das Raster der Lern- und Entscheidungsfähigkeit sowie Strukturiertheit des Einsatzbereiches.

1. Skala der Selbstständigkeit

Bei der «Allgemeine[n] Skala für die Selbstständigkeit von Produkten»²⁰ geht es darum, dass lern- und entscheidungsfähige Algorithmen bzw. die damit gesteuerten Maschinen hinsichtlich ihrer Fähigkeiten zu selbständigem Verhalten in verschiedene Stufen eingeteilt werden können. Dabei rangieren vollständig durch den Menschen gesteuerte Maschinen auf der niedrigsten Stufe und vollständig selbständige Maschinen auf der höchsten Stufe. Für die Haftungsfrage bedeutet dies, dass der Mensch von Stufe 1 bis 5 für die Entscheidungen und resultierende Schäden einzutreten hat. Ab Stufe 6 kann die Zurechenbarkeit des Menschen weniger eindeutig festgestellt werden. Letztlich handelt die Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen auf der höchsten Stufe 10 autonom und ignoriert den Menschen im Entscheidungsprozess.

¹⁸ HÄNSENBERGER, Diss. (Fn. 11), S. 55 ff.

¹⁹ N. BLESKIE, Künstliche Intelligenz und haftungsrechtliche Konsequenzen, Jusletter IT, 24.05.2018, N 2 in Bezug auf die künstliche Intelligenz.

²⁰ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 6; R. PARASURAMAN/T. B. SHERIDAN/C. D. WICKENS, A model for types and levels of human interaction with automation, IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics – Part A: Systems and Humans 3/2000, S. 286 ff., 287.

2. Raster der Lern- und Entscheidungsfähigkeit sowie Strukturiertheit des Einsatzbereichs

Die Schaffung von Maschinen, die in einer unstrukturierten Umgebung variable Aufgaben erfüllen können, stellt eine technische Herausforderung dar.²¹ Für diese Maschinen ist ein hoher Grad an Lern- und Entscheidungsfähigkeit unerlässlich.²² Gerade KI-Systeme, deren Algorithmen aus hybriden Ansätzen von neuronalen Netzen und genetischen Algorithmen bestehen, haben eine hohe Lern- und Entscheidungsfähigkeit. Maschinen, die in strukturierten Umgebungen zum Einsatz kommen, müssen dagegen grundsätzlich nicht lern- und entscheidungsfähig sein, um ihre Aufgaben erfüllen zu können (*supra* I.A.2).²³ Das «Roboter-Raster» kann anhand der Kategorien «Lern- und Entscheidungsfähigkeit» sowie «Strukturiertheit des Einsatzbereichs» Anknüpfungspunkte für die Zurechenbarkeit bieten.²⁴ Je grösser die Lern- und Entscheidungsfähigkeit und die «Unstrukturiertheit» des Einsatzbereichs gemäss dem Raster ist, desto weniger deutlich wird die Zurechenbarkeit.

Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Damit eine Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen autonom Entscheidungen in unstrukturierter Umgebung treffen kann, muss der Grad der Selbstständigkeit bzw. die Lern- und Entscheidungsfähigkeit möglichst gross sein. Beide Autonomie-Modelle können bis zu einem gewissen Grad einen Anknüpfungspunkt für die Haftung des Menschen darstellen; danach lässt sich die Zurechenbarkeit schwieriger beurteilen.

B. Schadensursache

Nebst der Frage nach der Zurechenbarkeit kann die Schadensursache Anknüpfungspunkte für die Haftung bieten. Entsteht ein Schaden durch eine Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen, muss unterschieden werden, ob dieser Schaden (*infra* II.B.1.) aus Produktfehlern des Herstellers hervorgegangen sind, (*infra* II.B.2.) aus einer Fehlbedienung des Nutzers resultieren oder (*infra* II.B.3.) auf dem selbständigen Autonomiebereich der lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen beruhen.²⁵

²¹ M. F. LOHMANN, Roboter als Wundertüte – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse, AJP 2/2017, S. 152 ff., 154.

²² LOHMANN (Fn. 21), S. 154.

²³ LOHMANN (Fn. 21), S. 154.

²⁴ LOHMANN (Fn. 21), S. 154; vgl. dort das «Roboter-Raster».

²⁵ Bei der Unterscheidung zwischen Produktfehler und Fehlent-

1. Produktfehler

Ein Produktfehler liegt vor, wenn der Fehler auf einen Defekt oder eine Fehlfunktion an den Komponenten der Maschine zurückzuführen ist.²⁶ Dem Entscheidungs-Algorithmus werden entweder fehlerhafte Daten zugefügt oder die Software enthält einen Programmierfehler.²⁷

2. Fehlbedienung

Beim Einsatz der Maschine mit lern- und entscheidungsfähigem Algorithmus ist auch eine Fehlbedienung durch den Nutzer denkbar.

3. Fehlentscheidungen

Bei Fehlentscheidungen wird bei der Auswahl zwischen Alternativen dasjenige Verhalten gewählt, das zu einem Schaden führt.²⁸ Der Entscheidungs-Algorithmus erlernt ein Verhalten, das in der konkreten Situation zu einem Schaden resultiert.²⁹ Das schädigende Verhalten kann sich dabei nicht nur aufgrund von Erfahrungen ergeben, sondern auch nach einer Fehlinterpretation der Eingangsdaten, die nicht auf einen Programmierfehler zurückzuführen ist.³⁰

Ein Fehlentscheid des Algorithmus kann nur dort vorliegen, wo dieser über die notwendige Lern- und Entscheidungsfreiheit verfügt (*supra* II.A.2).³¹ Mit anderen Worten liegt in der ersten Konstellation eine fehlerhafte Weiterentwicklung des Programmcodes vor, in der zweiten ist der Programmcode zwar einwandfrei, aber das Softwaresystem trifft trotzdem eine falsche Entscheidung.

Bei Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Softwares kann die Unterscheidung zwischen Produktfehlern und Fehlentscheidungen schwierig bis unmöglich sein.³² Die Software kann Algorithmen beinhalten, welche sich im Rahmen des Lernprozesses laufend selbst verändern.³³ Durch die zunehmende Erfahrung ist es denkbar, dass die

scheidung lehne ich mich an die Ausführungen von HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 9 ff. an.

²⁶ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 10.

²⁷ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 10.

²⁸ W. FELLMANN, Art. 4 PrHG N 28b, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-FELLMANN).

²⁹ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 11.

³⁰ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 11.

³¹ Vgl. HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 12.

³² HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 13.

³³ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 13.

Software ihren eigenen Handlungsspielraum selbst erweitert.³⁴ Insgesamt kann sich Software mit zunehmender Betriebsdauer immer deutlicher vom Auslieferungszustand unterscheiden. Eine Black Box mit Protokollierungsfunktion würde eine praktische Erleichterung der Ermittlung des Fehlers und der Zuordnung zur Risikosphäre des Herstellers oder des Nutzers bringen.³⁵

Es gilt festzuhalten, dass je unabhängiger Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen von menschlicher Kontrolle agieren sollen, z.B. um in unstrukturierten Umgebungen eingesetzt zu werden, desto grösser die Autonomie der lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen sein muss.³⁶ Mit zunehmender Nutzungsdauer können jedoch Maschinen mit solchen Algorithmen Verhaltensweisen an den Tag legen, die im Auslieferungszeitpunkt noch nicht vorgelegen haben.³⁷ Dies birgt die Gefahr, dass die Maschine falsch lernt und falsch entscheidet. Kommt es zu einem Schaden, stellt sich die Frage, für welche schädigenden Eigenschaften oder Verhalten der Maschine der Hersteller, der Nutzer oder die Maschine als e-Person³⁸ die Verantwortung trägt und damit schadenersatzpflichtig ist.

III. Ausservertragliche Haftung nach geltendem Recht

Die Haftung für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen beurteilt sich nach geltendem Recht. Eine «Roboter Gesetzgebung» mit eigener Haftungsgrundlage existiert *bis dato* nicht.³⁹

A. Haftung des Herstellers nach PrHG

Nach Art. 1 Abs. 1 PrHG haftet eine herstellende Person für Personen- und Sachschäden, wenn der Schaden auf ein fehlerhaftes Produkt zurückzuführen

³⁴ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 13.

³⁵ LOHMANN (Fn. 21), S. 157 m.w.H.

³⁶ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 2.

³⁷ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 2.

³⁸ Eine e-Person, auch elektronische Person, hat einen eigenen rechtlichen Status inne und bildet das Äquivalent zur natürlichen Person (*infra* IV.B.); mehr zum Begriff der e-Person siehe S. BECK, Der rechtliche Status autonomer Maschinen?, AJP 2017, S. 183 ff. sowie M. ZOBL/M. LYSAKOWSKI, E-Persönlichkeit für Algorithmen, *digma* 2019, S. 42 ff.

³⁹ Teilweise ist vom sog. Roboterrecht die Rede, dessen Gegenstand diejenigen Normen bilden, die unmittelbar oder mittelbar den Umgang mit Robotern regeln (J. DRITTENBASS, Regulierung von autonomen Robotern, *ex ante* 1/2022, S. 70 ff., 71; I. WILDHABER/M. F. LOHMANN, Roboterrecht – eine Einleitung, AJP 2/2017, S. 135 ff., 141.

ist.⁴⁰ Nach dessen Abs. 2 haftet die Herstellerin nicht für den Schaden am fehlerhaften Produkt selbst.

1. Produkt

Zunächst ist zu klären, ob eine Software mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen als Produkt i.S.v. Art. 3 PrHG zu qualifizieren ist. Diese Frage war lange umstritten. Während ein Teil der Lehre das durch einen Mangel an der integrierten Software fehlgeleitete Gerät, auf dem sie installiert ist, als Produkt qualifizierte,⁴¹ argumentierte der andere Teil, dass eine isolierte Software, die eine rein intellektuelle Dienstleistung erbringt, kein Produkt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a PrHG darstellt.⁴² Nach der neueren Lehre weist Software in jeder Form und unabhängig von der Art der Überlassung Produkteigenschaften auf.⁴³ Heute stellt sich die Frage, wann eine Software i.S.v. Art. 4 PrHG fehlerhaft ist.⁴⁴

2. Fehlerhaftigkeit des Produktes

Die Fehlerhaftigkeit des Produkts muss gemäss Art. 4 Abs. 1 PrHG auf der mangelnden Sicherheit beruhen. Die Frage drängt sich auf, ob ein Produkt, dessen erlerntes Verhalten zu einem Schaden führt, als fehlerhaft im Sinne des PrHG zu bewerten ist.⁴⁵ Dies stellt in Bezug auf die Fehlentscheidung (*supra* II.B.3.) ein Problem dar. Nach HÄNSENBERGER kommt die Produkthaftpflicht zur Anwendung, wenn die Softwarearchitektur, die den Entscheidungsprozess ermögliche, fehlerhaft und nicht ausreichend geprüft worden sei.⁴⁶ Demgegenüber argumentiert LOHMANN, dass der Hersteller grundsätzlich verschuldensunabhängig auch für die aus der Lern- und Entscheidungsfähigkeit resultierende Schäden haftet.⁴⁷

⁴⁰ Allfällige Haftungsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem PrSG ergeben, lasse ich weg.

⁴¹ BSK OR I-FELLMANN (Fn. 28), Art. 3 PrHG N 10; W. STRAUB, Produkthaftung für Informationstechnologiefehler, Zürich 2002, N 16; W. FELLMANN/A. KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 1134.

⁴² HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 14 ff.; LOHMANN (Fn. 21), S. 155 ff.

⁴³ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 14; H. REY/I. WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6. Aufl., Zürich 2024, N 1427; V. ROBERTO, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Bern 2022, N 09.10; STRAUB (Fn. 41), N 15 ff.

⁴⁴ BSK OR I-FELLMANN (Fn. 28), Art. 3 PrHG N 10.

⁴⁵ BSK OR I-FELLMANN (Fn. 28), Art. 4 PrHG N 28a.

⁴⁶ HÄNSENBERGER, Jusletter (Fn. 2), N 9 ff., 23; vgl. auch ders., Diss. (Fn. 11), S. 122 ff.

⁴⁷ LOHMANN (Fn. 21), S. 158; vgl. auch dies., Automatisierte

3. Entlastung

In der Produkthaftpflicht kann sich der Hersteller durch den Nachweis entlasten, dass nach den Umständen davon auszugehen ist, dass der Fehler, der zum Schaden geführt hat, noch nicht vorlag, als er das Produkt in Verkehr brachte (Art. 5 Abs. 1 lit. b PrHG).⁴⁸ Es handelt sich um Fehler, die bei nachträglichen Abänderungen eines Produkts entstehen. Hierunter könnten Abänderungen von Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen durch selbständige Lernprozesse fallen.⁴⁹ Entlastend wirkt ferner, wenn der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnte (sog. Entwicklungsrisiken, Art. 5 Abs. 1 lit. e PrHG). Gerade bei sich dynamisch entwickelnden Produkten wie lern- und entscheidungsfähigen Robotern werden Entwicklungsrisiken relevant sein. Die Anwendbarkeit des PrHG stösst damit an ihre Grenzen.

B. Haftung des Nutzers

Die Haftungsfragen in Bezug auf den Nutzer behandle ich anhand von Analogien zu bestehenden Haftungsgrundlagen.

1. Haftung nach Art. 41 OR

Nebst der Produkthaftpflicht stellt sich die Frage, ob der Nutzer aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 OR haftet. Bei Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen hat der Nutzer einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf den Lernprozess der Maschine und den Einsatzbereich. Der Nutzer kann den konkreten Einsatz der Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen bestimmen und dabei die erforderlichen Verkehrssicherheitsvorkehrungen treffen.⁵⁰ Das Problem besteht aber darin, dass gerade Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen in unstrukturierten Bereichen zum Einsatz kommen – wie zum Beispiel im Strassenverkehr – und es dem Nutzer

Fahrzeuge im Lichte des Schweizer Zulassungs- und Haftungsrechts, Diss. St. Gallen, Baden-Baden 2016, S. 328 f.; M. F. LOHMANN/M. MÜLLER-CHEN, Selbstlernende Fahrzeuge – eine Haftungsanalyse, SZW 1/2017, S. 48 ff.

⁴⁸ C.-A. GORDON/T. LUTZ, Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis, SZW 1/2020, S. 53 ff., 58.

⁴⁹ *Befürwortend* LOHMANN/MÜLLER-CHEN (Fn. 47), S. 55; *ablehnend* BSK OR I-FELLMANN (Fn. 28), Art. 4 PrHG N 28e.

⁵⁰ FREYTAG (Fn. 3), S. 118.

unmöglich ist, seine Verkehrssicherungspflichten wahrzunehmen. Überdies ist fraglich, inwieweit ein Verschulden des Nutzers für die Fehlentscheidungen von vollständig, autonomen Maschinen zu bejahen ist (vgl. *supra* II.A.1 und II.B.3).

2. Haftung nach Art. 55 und Art. 101 OR

Eine Haftung nach Art. 55 und Art. 101 OR fällt ausser Betracht, da autonome Fahrzeuge, Roboter und Drohnen nach heutigem Verständnis über keine Rechtspersönlichkeit und -fähigkeit verfügen, um als Erfüllungsgehilfe bzw. Hilfsperson qualifiziert zu werden.⁵¹ Das Gleiche gilt für die Haftung des Hausgenossen nach Art. 333 ZGB,⁵² die ich aufgrund der fehlenden Rechtsfähigkeit der Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen als nicht sinnvoll erachte.

3. Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR

Eine analoge Anwendung der Werkeigentümerhaftung entfällt, weil es bei Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen – wie dem autonomen Fahrzeug im Ausgangsbeispiel – am Werkbegriff, als «stabile, künstlich hergestellte, bauliche oder technische Anlagen [...], die mit dem Erdboden, sei es direkt oder indirekt, dauerhaft verbunden», fehlt.⁵³

Im Ausgangsbeispiel kann überdies noch die Haftung nach SVG⁵⁴ in Frage kommen.

IV. Lösungsansätze

Nachfolgend gehe ich auf zwei in der Lehre diskutierten Ansätze der Rechtsfortbildung ein.

A. Allgemeine Gefährdungshaftung

Zu erwägen ist die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung des Nutzers bzw. des

Halters einer Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen.⁵⁵ Voraussetzungen der allgemeinen Gefährdungshaftung sind ein gewisses Gefährdungsrisiko und ein inhärentes Schadenspotential.⁵⁶ Eine allgemeine Gefährdungshaftung rechtfertigt sich, weil der Nutzer einer Maschine mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen vom Nutzen profitiert und daher auch die Gefahr eines allfälligen Schadens verschuldensunabhängig zu tragen hat.⁵⁷ Da für die Gefährdungshaftung kein Verschulden vorliegen muss, kann auch die Schwierigkeit des Nachweises überwunden werden.⁵⁸ Insbesondere kann der Nutzer für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen (*supra* II.A) der höchsten Autonomiestufen haftbar gemacht werden, bei welchen die Anwendung geltender Haftungsgrundlagen scheitert (*supra* III). In Verbindung mit einer allgemeinen Gefährdungshaftung bietet sich die Einführung oder die Erweiterung einer Versicherungspflicht sowohl des Nutzers als auch des Herstellers an.⁵⁹

Die Einführung einer Generalklausel der Gefährdungshaftung für gefährliche Tätigkeiten in Art. 50 Abs. 1 VE-OR wurde vom Gesetzgeber diskutiert und vom Bundesrat abgelehnt.⁶⁰ Auch die Lehre hat sich im Rahmen des OR 2020 mit einer allgemeinen Gefährdungshaftung befasst.⁶¹ Beide Vorschläge hätten das Potential gehabt, für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen Anwendung

⁵¹ R. H. WEBER/S. EMMENEGGER, Art. 101 OR N 41, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. Aufl., Bern 2020; FREYTAG (Fn. 3), S. 118; MÜLLER (Fn. 1), S. 602.

⁵² LOHMANN (Fn. 21), S. 159.

⁵³ BGE 130 III 736, E. 1.1; 121 III 448, E. 2a; REY/WILDHABER (Fn. 43), N 1244; FREYTAG (Fn. 3), S. 118.

⁵⁴ Mehr dazu T. PROBST, Die Benutzung (teil-)autonomer Motorfahrzeuge im Strassenverkehr aus haftpflichtrechtlicher Sicht, in: T. Probst/F. Werro (Hrsg.), Strassenverkehrs-Tagung 21.–22. Juni 2016, Bern 2016, S. 1 ff.; LOHMANN, Diss. (Fn. 47), S. 211 ff.; zur Einführung der Art. 25a ff. SVG (IIa. Titel: Fahrzeuge mit einem Automatisierungssystem) siehe Botschaft des Bundesrats vom 17. November 2021, BBl 2021 3026.

⁵⁵ Für autonome Fahrzeuge, wie im Ausgangsbeispiel, ist diese Erwägung nicht erforderlich, zumal eine Gefährdungshaftung nach Art. 58 SVG greifen würde. Die SVG-Revision (vgl. Fn. 54) führt neue Bestimmungen für Fahrzeuge mit Automatisierungssysteme ein (noch nicht in Kraft, AS 2023 453), die u.a. Regelungskompetenzen des Bundesrats über die «Befreiung des Fahrzeugführer von seinen Pflichten» (Beherrschungs- und Aufmerksamkeitspflichten) vorsieht, wenn das Automatisierungssystem aktiviert ist (BBl 2021 3026, S. 62 f.).

⁵⁶ I. WILDHABER, Eine Einführung in die ausservertragliche Haftung für Künstliche Intelligenz (KI), Haftpflichtprozess 2021, HAVE 2021, S. 28 ff., 56.

⁵⁷ Ähnlich GORDON/LUTZ (Fn. 48), S. 61 m.w.H.

⁵⁸ WILDHABER (Fn. 56), S. 57; das damit einhergehende Risiko, für alle Schäden haftbar gemacht zu werden, soll durch das Kriterium der Vorhersehbarkeit nicht eingeschränkt werden.

⁵⁹ LOHMANN (Fn. 21), S. 161; GORDON/LUTZ (Fn. 48), S. 61.

⁶⁰ Siehe abgeschlossenes Rechtsetzungsprojekt «Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts» unter <www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html> (besucht am 25.07.2024).

⁶¹ Siehe C. HUGUENIN/R. M. HILTY, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013.

zu finden.⁶² Eine erneute Thematisierung der Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung ist nicht auszuschliessen.

B. Deliktsfähigkeit einer e-Person

Zur Füllung einer Haftungslücke könnte die Einführung einer e-Person⁶³ mit eigener Deliktsfähigkeit geprüft werden. Als Haftungssubjekt kommt in Frage, wer Rechtssubjektivität und -persönlichkeit besitzt, was wiederum die Rechtsfähigkeit nach Art. 11 ZGB voraussetzt.⁶⁴ Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen in Form eines autonomen Fahrzeugs, Roboters oder Drohnen besitzen bislang über keine Rechtssubjektivität und -persönlichkeit.⁶⁵ Solange die Zusprechung der Rechtssubjektivität und -persönlichkeit für Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen zurzeit keinen breiten Anklang findet, misslingt dieser Lösungsansatz.

Aber auch wenn Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen eine e-Persönlichkeit zugesprochen werden würde, bleiben viele Fragen offen, wie etwa der Grad der Autonomie für die Qualifikation als e-Person oder das eigene Haftungssubstrat. Für den Grad der Autonomie könnten die bereits erwähnten Modelle (*supra* II.A.1. und 2.) herangezogen werden. Die Frage nach dem eigenen Haftungssubstrat stellt indes eine Herausforderung dar, insbesondere damit ein «Durchgriff» auf den dahinterstehenden Hersteller oder Nutzer verhindert wird. Zudem stellt sich die Frage, ob die Haftungsanalogien, insbesondere Art. 55 und Art. 101 OR (*supra* III.B.2.), die aufgrund der fehlenden Rechtssubjektivität und -persönlichkeit scheitern, durch die Einführung einer e-Person wieder ins Spiel kommen.

Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Hersteller für Produktfehler und der Nutzer für die Fehlbedienung des Produkts haften. Bei Fehlentscheidungen des Produkts mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen kommt es auf den Grad der Selbstständigkeit bzw. Lern- und

Entscheidungsfähigkeit an. Je höher dieser Grad ist, desto schwieriger ist die Zurechenbarkeit des Herstellers oder des Nutzers nachzuweisen. Das geltende Haftpflichtrecht stösst dabei an seine Grenzen.

Die Unterscheidung zwischen Produktfehlern und Fehlentscheidungen kann bei Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen schwierig bis unmöglich sein. Diese Algorithmen verändern sich im Rahmen des Lern- und Entscheidungsprozesses laufend. Es ist zudem vorstellbar, dass Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen durch zunehmende Erfahrung ihren Handlungsspielraum selbst erweitert.

Zur Füllung einer Verantwortungslücke werden in der Lehre verschiedene Lösungsansätze diskutiert, wobei die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung am sinnvollsten erscheint. Die Einführung einer rechtlichen e-Person mit eigener Deliktsfähigkeit finde ich einen interessanten Lösungsansatz; die grösste Schwierigkeit sehe ich aber im Haftungssubstrat dieser e-Person.

Maschinen mit lern- und entscheidungsfähigen Algorithmen erobern unseren Alltag und werfen dabei zahlreiche, umstrittene Rechts- und Gesellschaftsfragen auf. Die Büchse der Pandora ist schneller geöffnet als wir uns umsehen können, oder wie GÜNTHER ANDERS feststellte, dass der technische Wandel «*etwas mit uns gemacht hat, macht und machen wird, noch ehe wir irgendetwas aus ihr machen können*»⁶⁶.

⁶⁶ G. ANDERS, *Die Antiquiertheit des Menschen*, Bd. I, 3. Aufl., München 2010, S. 7.

⁶² Vgl. LOHMANN (Fn. 21), S. 161.

⁶³ Zum Begriff siehe Fn. 38.

⁶⁴ GORDON/LUTZ (Fn. 48), S. 56; ZOBL/LYSAKOWSKI (Fn. 38), S. 43.

⁶⁵ GORDON/LUTZ (Fn. 48), S. 56; ZOBL/LYSAKOWSKI (Fn. 38), S. 43.

L'évolution de la surveillance du banquier : vers un régime d'autorisation *ad personam* ?

Guillaume Braidì (Dr. iur., LL. M. (Stanford), avocat associé chez Poncet Turrettini Avocats, chargé d'enseignement à l'Université de Genève)

Der Autor analysiert die Entwicklung des Rechts der Finanzaufsicht vor, wobei der Schwerpunkt auf der individuellen Verantwortung der Bankleiter liegt. Er empfiehlt eine Änderung hin zu einem spezifischen Genehmigungssystem für Führungskräfte, inspiriert vom "Senior Manager Regime", um die Verantwortlichkeiten zu klären und die individuelle Aufsicht zu verbessern. Dieses Regime würde eine formelle Genehmigung und spezifische Verpflichtungen für die Führungskräfte beinhalten, wodurch sie für ihre Entscheidungen verantwortlich gemacht werden.

Introduction

Cette édition spéciale de *Quid? Fribourg Law Review* reprend un thème abordé dans de nombreuses contributions, à savoir l'impact du passage du temps sur le droit. Il ne fait aucun doute que la quasi-totalité des domaines juridiques est modifiée au gré des années qui passent et celui du droit de la surveillance financière ne fait pas exception, bien au contraire.

En 2013, je débutais ma thèse de doctorat sous la direction du Prof. J.-B. ZUFFEREY avec pour thème « *L'individu en droit de la surveillance financière* »¹. L'objectif de mes recherches consistait notamment à analyser dans chacune des lois sur les marchés financiers (art. 1 LFINMA)², quel était le cadre juridique applicable aux membres du conseil d'administration et de la direction d'une banque³.

Je conclusais mes recherches en proposant dans ma thèse un système complet d'autorisation adressé aux cadres supérieurs. Cette idée, à l'époque, ne faisait

pas l'unanimité. Le jury final m'avait d'ailleurs posé la question suivante : « *pourquoi proposez-vous un système d'autorisation des individus, alors que les établissements (bancaires) font déjà l'objet d'une autorisation de police ? Cela ne fait-il pas double emploi ?* ».

Le passage du temps semble avoir répondu à cette question...

À travers mes recherches, j'ai pu constater que, durant des décennies, la perspective d'une réglementation basée sur l'individu en qualité d'employé respectivement d'organe d'une banque était exclue de la vision du législateur. Cela étant, les crises économiques et les scandales successifs ont toutefois modifié la donne⁴. Récemment encore, la chute du Credit Suisse et son absorption par son rival historique UBS ont mis en exergue de nombreuses faiblesses au niveau de la surveillance des individus qui dirigent ces mastodontes financiers.

La présente contribution revient donc sur l'évolution historique du cadre de surveillance et sur la densification des obligations incombant aux dirigeants de banques. Nous reviendrons sur les outils à disposition du législateur (cf. *infra* I et II) et évoquerons la nouvelle institution juridique appelée *Senior Managers Regime* (cf. *infra* III). Nous terminerons par quelques remarques conclusives (cf. *infra* IV).

I. La garantie d'une activité irréprochable – les balbutiements d'une surveillance individuelle

A. La genèse

Le secteur bancaire suisse a connu un essor fulgurant entre 1923 et 1930 avec une progression annuelle de 9%. Le krach boursier du 24 octobre 1929 a mis un terme à ce développement et a brusquement rappelé la nécessité d'un contrôle étatique sur les banques :

¹ G. BRAIDI, *L'individu en droit de la surveillance financière – Autorisation, obligations et interdiction d'exercer*, Thèse Fribourg, Zurich 2016.

² Loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, RS 956.1.

³ À des fins de simplification du texte, je me référerai aux banques, mais les réflexions qui suivent s'appliquent *mutatis mutandis* à tous les établissements financiers qui sont autorisés et surveillés par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

⁴ Exemples: Lehmann Brothers (2008), Maddoff (2008), Libor (2011), Adaboli (2011), MF Global (2011), 1MDB (2015), Petrobras (2015), Panama Papers (2016), Wirecard (2020), Commerzialbank Mattersburg (2020), Greensill Capital (2021), Archegos (2021), DWS/Deutsche Bank (2022).

entre 1930 et 1934, vingt-quatre banques helvétiques ont successivement mis la clef sous la porte⁵.

Dans le même laps de temps, la Loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB)⁶ a passé toutes les étapes législatives pour entrer finalement en vigueur le 1^{er} mars 1935. À cette époque, il n'existait aucune condition relative aux individus.

Dans les années soixante, les politiques et les acteurs du secteur bancaire se sont interrogés sur les raisons qui ont mené de nombreux établissements bancaires à la faillite au cours des années précédentes⁷. Ils en ont conclu que la débâcle de certaines banques aurait pu être maîtrisée si les membres du conseil d'administration et de la direction n'avaient pas souffert d'insuffisances professionnelles et éthiques⁸.

Face à ce constat, le 1^{er} juillet 1960, le Département fédéral des finances (DFF) a confié un premier mandat à la Commission fédérale des Banques (CFB)⁹ pour déterminer l'ampleur des modifications qu'il fallait apporter à la LB. La CFB a conclu dans un rapport daté du 20 octobre 1960 que les dispositions légales en matière bancaire étaient suffisantes et qu'une révision ne semblait pas opportune en l'état actuel¹⁰. Dans son rapport du 19 décembre 1960, la Banque nationale suisse (BNS) s'est écartée de conclusions précédentes et a prôné l'élargissement des pouvoirs de la CFB. De son point de vue, l'autorité de surveillance financière ne devrait octroyer une autorisation qu'aux banques dirigées par des personnes dont le caractère inspire confiance et qui disposent des aptitudes professionnelles requises par leurs tâches¹¹.

Malgré cette prise de position ferme de la BNS, il faudra attendre 1971 pour que le législateur introduise pour la première fois la notion de garantie d'une

activité irréprochable dans la LB¹². Aujourd'hui, cette notion est omniprésente dans l'ensemble des lois sur les marchés financiers¹³.

B. Le contenu

La garantie d'une activité irréprochable est une notion juridique indéterminée¹⁴. Elle laisse une grande marge d'appréciation à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et aux tribunaux qui renvoient ses décisions¹⁵. Le Tribunal fédéral considère d'ailleurs que s'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation de la FINMA, l'autorité de recours doit faire preuve de retenue et s'en remettre à son appréciation technique¹⁶.

La garantie d'une activité irréprochable des individus qui siègent au sein du conseil d'administration ou qui exercent leur activité au sein de la direction d'une banque s'articule autour de deux éléments qui constituent les deux faces d'une même pièce : les compétences professionnelles et la bonne réputation. La première exigence se rattache à des considérations objectives en lien avec les connaissances, l'expérience et la formation de l'individu¹⁷ ; la seconde, plus subjective, fait état du caractère et du comportement de l'individu, et inclut une composante morale¹⁸. Pour bénéficier d'une bonne réputation, les personnes soumises à la garantie d'une activité irréprochable doivent non seulement respecter le droit de la surveillance, mais également l'ordre juridique dans son ensemble¹⁹.

Lorsque la FINMA examine cette condition, son

⁵ BRAIDI (n. 1), para. 48 ss ; A. MARCEL, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, gemäss Art. 3 Abs. 2 let. c des Bankengesetzes, in: KILGUS/SCHUSTER (édit.), Bankwirtschaftliche Forschungen, thèse Berne, Berne/Stuttgart 1990, p. 15.

⁶ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0.

⁷ On pense notamment à la débâcle de la Banque suisse d'épargne et de crédit et celle de la Banque genevoise de commerce et de crédit; Message du 13 mai 1970 concernant la révision de la loi sur les banques, FF 1970 I, p. 1157 ss, p. 1159.

⁸ AELLEN (n. 5), p. 52.

⁹ La CFB est l'autorité qui a précédé la FINMA.

¹⁰ AELLEN (n. 5), p. 56 ; Message LB (1970) (n. 7), p. 1159.

¹¹ La BNS s'est basé principalement sur un mécanisme d'autorisation déjà en vigueur dans le canton de Zurich entre 1912 et 1922 pour le commerce des papiers-valeurs.

¹² A. HIRSCH, La garantie d'une activité irréprochable : l'évolution de la pratique, Bull. CFB n° 50 (2007) p. 29. Il convient notamment de rappeler que l'exigence d'une activité irréprochable a d'abord été introduite pour les banques en mains étrangères, par l'Arrêté fédéral du 21 mars 1969.

¹³ Cf. p. ex. art. 1b al. 3 lit. d LB, art. 3 al. 2 lit. c LB, art. 3f al. 1 LB, art. 14 LSA, art. 31 al. 4 LFin, art. 9 LIMF, art. 11 LFin, art. 14 al. 1 lit. a LPCC, art. 24 al. 1 lit. c LBA.

¹⁴ ATAF 2008/23, c. 3.3 ; TAF, arrêt du 6.5.2010, B-5535/2009, c. 4.1.

¹⁵ ATF 108 Ib 196, c. 1b.

¹⁶ Précisément en lien avec l'interdiction d'exercer, ATAF 2018 IV/4, c. 3.2.1, JdT 2019 I 32 ; cf. ég. ATF 133 II 232, c. 4.1, RDAF 2008 I 609; ATF 133 II 232, c. 4.1, RDAF 2008 I 609; ATF 130 II 351, c. 2.2 ; ATF 126 II 111, c. 3b, JdT 2000 I 633.

¹⁷ H. APPENZELLER, art. 14, in : P. Hsu/E. Stupp (édit.), Basler Kommentar – Versicherungsaufsichtsgesetz, Bâle 2013 (ci-après : BSK VAG-APPENZELLER, art. »).

¹⁸ D. BODMER/B. KLEINER/B. LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zurich 2014, art. 3 N 180.

¹⁹ TF, du 11.3.2011, 2C_834/2010, c. 3.2 ; TAF, arrêt du 25.07.2013, B-5373/2012, c. 3.3.3.

approche consiste à apprécier le comportement passé de la personne en vue d'une activité future ; autrement dit, l'examen de l'autorité est prospectif, la FINMA doit s'assurer que la personne concernée remplit les conditions d'une garantie irréprochable eu égard à ses engagements futurs²⁰.

C. L'application par l'Autorité de surveillance

Le respect de la garantie d'une activité irréprochable n'a pas été pensé comme une condition d'autorisation individuelle. Ce critère doit être rempli par le conseil d'administration et la direction des banques pour que la FINMA puisse délivrer une autorisation bancaire à l'établissement qui en fait la demande. L'autorisation est d'ailleurs octroyée à condition que d'autres exigences indépendantes des individus soient remplies (cf. art. 3 al. 2 LB). Par la suite, la Banque doit satisfaire à ces conditions aussi longtemps qu'elle demeure autorisée et surveillée par la FINMA. En cas de violation, la FINMA signale à l'établissement assujetti, au moyen d'une décision, qu'il doit se séparer de son dirigeant²¹. Dès ce moment-là, le refus de l'établissement d'obtempérer à l'injonction donnée par la FINMA peut conduire (dans les cas les plus extrêmes) au retrait de l'autorisation dudit établissement²².

Cela étant, le temps où la surveillance financière se concentrait uniquement sur les établissements est révolu. La CFB à l'époque, puis la FINMA n'ont en effet cessé de rendre des décisions qui précisent les obligations des organes suprêmes.

À l'époque, les décisions prononcées contre les individus étaient résumées dans le bulletin de la CFB, puis de la FINMA. Dès 2014 et jusqu'en 2018, la FINMA a voulu renforcer la visibilité et la transparence de son action auprès du public et renforcer l'effet préventif de ses décisions en publiant un rapport sur l'enforcement²³.

Par la suite, la FINMA a encore accentué la

transparence sur son activité d'enforcement en publiant des résumés de ses décisions, les jugements des tribunaux et les statistiques relatives à l'enforcement²⁴.

II. L'interdiction d'exercer – le renforcement attendu de l'appareil répressif contre les individus

A. Le contenu

Le législateur a introduit sous la section «autres moyens de surveillance» (art. 29 ss LFINMA) un panel de mesures parmi lesquelles se trouve l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA).

Son contenu est le suivant:

«¹ Si la FINMA constate une violation grave du droit de la surveillance, elle peut interdire à l'auteur d'exercer une fonction dirigeante dans l'établissement d'un assujetti.

²L'interdiction peut être prononcée pour une durée de cinq ans au plus.»

L'interdiction d'exercer fait partie de l'arsenal qui renforce la surveillance transsectorielle de la FINMA sur les individus²⁵.

B. La genèse

Le premier groupe d'experts en matière de surveillance des marchés financiers a publié en novembre 2000 son rapport final (Rapport Zufferey) relatif à « La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse »²⁶. Parmi les 42 recommandations, la recommandation n° 35 prévoit expressément que « [l]e législateur devra renforcer les moyens d'intervention dont dispose l'autorité de surveillance »²⁷.

Comme un clin d'œil de l'histoire, dans son rapport de 2023 relatif à la débâcle du Credit Suisse, la FINMA arrive exactement à la même conclusion – 23 ans plus tard (cf. *infra* III).

²⁰ BRAIDI (n.1), para. 294.

²¹ U. ZULAUF/D. WYSS, Finanzmarktenforcement, Bern 2022, p. 226; NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 4^{ème} éd., Berne 2019, p. 474.

²² G. CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, PJA 2011, p. 1203 ; TAF, arrêt du 11.5.2010, B-1360/2009, c. 3.2.2: « l'autorité peut ordonner, si nécessaire, la mise à l'écart de cette personne au poste concerné et, si l'établissement refuse de s'y conformer, prononcer le retrait de l'autorisation dudit établissement ».

²³ Rapport enforcement 2014, p. 2 ; cf. « <https://www.finma.ch/fr/documentation/archiv/enforcementbericht/> ».

²⁴ Disponibles sur le site de la FINMA « <https://www.finma.ch/fr/documentation/reporting-sur-l%E2%80%99enforcement/> ».

²⁵ Message du 1^{er} février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAU-FIN), FF 2006, p. 2741 ss, p. 2760 ss.

²⁶ Rapport sur la réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse (Banques, assurances, allfinance et conglomerats financiers, autres services financiers) (commission d'experts Zufferey), novembre 2000 (ci-après : « Rapport sur la réglementation »).

²⁷ Rapport sur la réglementation (n. 23), p. 20.

Le 30 novembre 2001, le Conseil fédéral mit sur pied une commission d'experts pour entreprendre les travaux législatifs consécutifs au rapport Zufferey (commission d'experts Zimmerli)²⁸.

En 2003, les débats sur les pouvoirs de sanctions de la CFB ont donné lieu à un rapport sur les sanctions par la CFB. Elle proposait notamment une série de nouvelles sanctions, par exemple des amendes élevées ou la confiscation des bénéfices obtenus consécutivement à une violation des règles prudentielles.

Considérant que le rapport sur les sanctions de la CFB allait trop loin, la Commission Zimmerli a émis un second rapport en 2004 dans lequel est apparue l'idée d'une interdiction d'exercer. Lors des débats parlementaires qui ont suivi, la disposition relative à l'interdiction d'exercer ne subit que de légères modifications²⁹.

Il est intéressant de relever pour la présente contribution qu'à l'époque ni la conformité de l'interdiction d'exercer avec la CEDH, ni sa nature juridique n'ont réellement été évoquées. Par ailleurs, les nombreux rapports qui ont précédé l'entrée en vigueur de l'interdiction n'évoquent à aucun moment l'influence d'une telle mesure sur le statut juridique de l'individu. À l'époque des discussions, il ne semblait donc pas y avoir de volonté réelle allant dans le sens d'une surveillance accrue des individus, ou du moins celle-ci ne ressortait pas clairement des rapports émis par les divers acteurs.

C. La nécessité de combler des lacunes

Entre 1971 et le 1^{er} janvier 2009, date de l'entrée en vigueur de la LFINMA et de la création de la FINMA, l'intervention de la CFB se limitait à l'examen de la garantie d'une activité irréprochable (cf. *supra* II).

Cet outil posait principalement deux problèmes. D'une part, son champ d'application personnel était trop limité. En effet, seuls les membres du conseil d'administration et de la direction étaient visés. Or, avec le développement du secteur bancaire, la taille et leur structure organisationnelle n'ont cessé de s'accroître. Si cette disposition s'avère utile pour les intermédiaires financiers de petite taille, elle n'est plus adaptée aux grandes banques. D'autre part, la garantie

d'une activité irréprochable est exclusivement orientée vers un examen prospectif, à savoir si l'individu concerné dispose, pour le futur, de toutes les qualités requises pour sa fonction. La garantie d'une activité irréprochable ne poursuit pas d'objectif répressif de telle sorte qu'un dirigeant pouvait simplement décider de quitter sa position pour éviter toute poursuite de la part de la CFB et ainsi, éviter de faire l'objet d'un prononcé fondé sur la garantie d'une activité irréprochable³⁰.

En se fondant sur l'art. 33 LFINMA, la FINMA peut donc non seulement prononcer des mesures contre les membres du conseil d'administration ou de la direction, actuels ou passés, mais également contre toutes les fonctions qu'elle considère comme dirigeante, ce qui lui permet d'étendre le champ d'application personnelle des mesures de surveillance à sa disposition et d'atteindre ainsi des strates hiérarchiques en deçà du conseil d'administration et de la direction d'une banque.

Les mesures étatiques visant à interdire une personne d'exercer son activité professionnelle sont pléthore en droit positif suisse. En principe, la loi prévoit de telle interdiction lorsque l'état se porte garant des compétences et de l'intégrité en octroyant une autorisation personnelle d'exercer une profession. À titre d'exemple, on retrouve ainsi des mesures d'éloignement pour les avocats, la LLCA³¹ prévoyant une interdiction temporaire d'exercer pour une durée maximum de deux ans (art. 17 al. 1 let. d LLCA) ou encore à l'égard des médecins qui peuvent se voir interdire d'exercer leur activité professionnelle pour une durée de 6 ans au plus (art. 43 al. 1 let. d LPMéd³²).

Nous relevons qu'avec l'entrée en vigueur de l'art. 33 LFINMA, la FINMA dispose d'une nouvelle mesure d'éloignement des individus, sans pour autant que ceux-ci ne fassent l'objet d'une quelconque autorisation ou surveillance individuelle. Ce régime crée une forme d'asymétrie entre d'une part l'établissement qui est le titulaire de l'autorisation de police lui permettant d'exercer une activité bancaire et, d'autre part, les individus qui peuvent faire l'objet d'interdiction d'exercer en cas de violation grave du droit de la

²⁸ Surveillance intégrée des marchés financiers, 1^{er} rapport partiel de la commission d'experts mise sur pied par le Conseil fédéral (commission d'experts Zimmerli), juillet 2003, p. 9 (ci-après : « Surveillance intégrée »).

²⁹ U. FELIX, *Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG*, RSDA 2011, p. 440.

³⁰ Si le dirigeant en question a déjà quitté sa fonction, mais que subsistent des soupçons et indices associant ce dernier à un dysfonctionnement au sein de l'entreprise, la FINMA notifie une « *Gewährsbrief* » exprimant ses réserves quant à l'irréprochabilité du dirigeant.

³¹ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, RS 935.61.

³² Loi fédérale sur les professions médicales universitaires, RS 811.11.

surveillance.

D. La casuistique

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 33 LFINMA, la FINMA et les tribunaux ont eu l'occasion de développer une casuistique relative à l'interdiction d'exercer. Voici ci-dessous quelques exemples jurisprudentiels :

- une violation répétée des obligations de diligence et de loyauté inscrites à l'art. 717 al. 1 CO³³ par le président et le vice-président de conseil d'administration d'une entreprise d'assurance. Le TAF confirme les mesures d'interdiction d'exercer de 48 mois³⁴;
- un membre de la direction a mis en œuvre une politique d'expansion basée sur l'acceptation massive de clientèles américaines non déclarées. Partant, il s'est rendu coupable d'une mauvaise gestion des risques et est tenu responsable de la violation des règles prudentielles durant des années par la banque (art. 3 al. 2 let. a et c OB en lien avec l'art. 9 al. 2 OB³⁵)³⁶;
- une violation par un cadre supérieur de l'interdiction de manipulation de cours. De manière générale, les violations portant sur des manipulations de cours sont des violations graves³⁷.
- le CEO d'une banque a autorisé l'ouverture de comptes ainsi que diverses transactions dans le cadre de relations d'affaires comportant un risque accru de blanchiment d'argent, compte tenu notamment des sommes considérables en jeu et de l'implication de personnes politiquement exposées. Il n'a pas été procédé aux clarifications requises, alors que l'origine et l'affectation des fonds indiquées n'étaient manifestement pas plausibles. La FINMA a prononcé une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA pour une durée de quatre ans, ce qui a été confirmé par le TAF³⁸.
- le responsable du département *Legal & Compliance* d'une banque a approuvé l'ouverture

d'un grand nombre de comptes dans le cadre de relations bancaires présentant des risques accrus de blanchiment d'argent. Les clarifications nécessaires n'avaient pas été effectuées, et un soupçon de blanchiment n'a pas été communiqué, malgré la présence d'indices clairs. S'agissant des exigences d'organisation, les risques juridiques et réputationnels n'ont pas été suffisamment identifiés, limités et surveillés, alors que cette tâche incombait audit *Head of Legal & Compliance*. La FINMA a prononcé une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA pour une durée de trois ans, ce que le Tribunal fédéral a confirmé³⁹.

Comme on peut le constater, cette casuistique est variée et sanctionne des personnes à divers échelons hiérarchiques et pour de diverses violations du droit de la surveillance.

III. Le *Senior Manager Regime* : la dernière pièce du puzzle ?

A. Origine et portée

L'idée d'instaurer en droit suisse un *Senior Manager Regime* (ci-après : « SMR ») a ressurgi après la chute de Credit Suisse et sa reprise dans l'urgence par UBS.

Un tel régime existe déjà en Grande-Bretagne sous le nom de *UK Senior Managers and Certification Regime*. Cette institution traduit la tendance qui consiste à ce que la surveillance des marchés financiers ne se concentre plus uniquement sur les établissements financiers, mais de plus en plus sur ses cadres.

Dans son rapport sur la chute du Credit Suisse⁴⁰, la FINMA décrit le SMR comme les « approches de différentes autorités de surveillance pour garantir que les compétences et les responsabilités des cadres supérieurs des établissements financiers soient clairement définies afin de pouvoir tenir les cadres supérieurs en question responsables de leur comportement »⁴¹.

En d'autres termes, la FINMA propose la mise en place d'un système permettant d'imputer les infractions directement aux personnes physiques responsables⁴².

³³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, RS 220.

³⁴ TAF, arrêt du 27.11.2013, B-798/2012, c. 9.4.2 (pour le président); TAF, arrêt du 27.11.2013, B-19/2012, c. 9.4.4 (pour le vice-président).

³⁵ Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.02.

³⁶ TAF, arrêt du 29.05.2015, B-5041/2014.

³⁷ FINMA, Rapport sur l'enforcement 2018, p. 5, p. 15, p. 21.

³⁸ TAF, arrêt du 16.5.2023, B-4750/2019, c. 7.6.

³⁹ TF, arrêt du 30.3.2023, 2C_747/2021, c. 12 ss.

⁴⁰ Rapport de la FINMA, Enseignements tirés de la crise de Credit Suisse (CS), Bern, le 19 décembre 2023.

⁴¹ FINMA (n. 40), Rapport CS, p. 86.

⁴² FINMA (n. 40), Rapport CS, p. 50.

B. Le SMR ou l'autorisation individuelle pour les cadres

Contrairement à la garantie d'une activité irréprochable qui est une condition d'autorisation de l'établissement ou à l'interdiction d'exercer dont l'objectif est de sanctionner des comportements fautifs, le SMR implique une autorisation individuelle de la FINMA et l'attribution de domaines spécifiques de responsabilité aux individus (le *Senior Manager*).

Ce processus implique que les individus visés soient directement soumis à une procédure d'autorisation officielle. Les cadres concernées doivent notamment accepter un cahier des charges formel et des obligations de comportement supplémentaires.

À l'instar d'autorisations accordées à des avocats ou à des médecins, la procédure d'admission vise à garantir que seules des personnes compétentes sur le plan professionnel et personnel occupent une fonction de *senior management*.

En substance, il s'agit pour l'établissement financier d'attribuer les domaines de responsabilité importants de la banque à une personne concrète, c'est-à-dire un *senior manager*. Dès que les responsabilités lui sont attribuées, il doit satisfaire à des obligations de comportement particulières. Ces cadres supérieurs doivent se conformer à des règles de conduite spécifiques. Ils doivent prendre des mesures appropriées afin d'éviter que ne surviennent des actes répréhensibles dans leur domaine de responsabilité.

En cas de violation, les cadres s'exposeraient à des sanctions prudentielles telles que notamment des amendes, l'interdiction d'exercer et des mesures peuvent être prises en lien avec la rémunération variable qu'ils perçoivent au sein de leur entreprise.

C. Situation actuelle

La FINMA a en particulier annoncé être favorable à l'introduction d'un SMR, qui permettrait de garantir une répartition claire des responsabilités à la suite de la crise de Credit Suisse⁴³. Elle a toutefois indiqué dans un rapport que les bases légales actuelles limitaient fortement son influence en matière de gouvernance des banques.

En page 8 du rapport de la FINMA, elle écrit en effet que :

« Gouvernance d'entreprise : les bases légales actuelles limitent fortement l'influence de la FINMA en matière de gouvernance. Un élargissement des compétences de la FINMA pourrait sensiblement renforcer sa marge de manœuvre. Aujourd'hui, il manque à la FINMA en particulier un senior managers regime, la compétence de prononcer des amendes ou la possibilité de communiquer ouvertement et de manière régulière sur des procédures d'enforcement »

En d'autres termes, la FINMA reconnaît qu'elle ne dispose pas des pouvoirs nécessaires pour imposer aujourd'hui un tel régime aux établissements bancaires qu'elle surveille.

Seuls l'écoulement du temps et les modifications législatives en ce sens permettront de savoir si les cadres supérieurs des banques seront un jour autorisés par la FINMA. Ce régime d'autorisation, s'il rentre en vigueur, permettra au moins d'évacuer le débat doctrinal relatif à la qualification pénale des mesures d'interdiction d'exercer. En effet, si les individus visés font l'objet d'une autorisation, la jurisprudence de la CEDH considère que les mesures d'éloignement ne revêtent pas un caractère pénal⁴⁴.

Conclusion

En droit de la surveillance financière, le passage du temps (et les scandales) ont fait leur œuvre. Selon nous, aucun autre secteur industriel ne fait aussi souvent parler de lui dans les journaux. Afin de renforcer la place financière suisse, il nous semble donc nécessaire d'entamer une réflexion de fond sur la meilleure manière de réduire la fréquence et l'ampleur des dysfonctionnements.

Une part importante de cette réflexion doit porter sur la question de la responsabilité individuelle des cadres. Il y a quelques années de cela, la plupart des banques privées étaient encore organisées en société de personnes : les propriétaires, qui étaient souvent les dirigeants, supportaient donc une responsabilité personnelle et illimitée en cas d'erreur. Si ce système connaît des limites, il est essentiel de remettre la responsabilité individuelle au cœur des débats en recentrant la surveillance non pas sur les entreprises, mais de plus en plus sur ses décideurs.

⁴³ FINMA (n. 40), Rapport CS, p. 8, 46 et 50 ; R. BÖSCH/T. WERLEN, *The Regulatory Agenda for 2024 in Switzerland*, CapLaw 1/2024, p. 11 s.

⁴⁴ Par référence à l'arrêt CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, arrêt n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72 du 23 novembre 1976. Cf. ég. ATF 139 I 72, c. 2.2.2 ; ATAF 2013/59, c. 9.3.1.

Dans les prochaines années, le défi du législateur et de la place financière dans son ensemble sera de proposer un régime efficace qui ne soit pas trop lourd d'un point de vue administratif et réglementaire. À l'instar de ce qui a déjà été fait pour plusieurs autres lois sur les marchés financiers, il conviendrait d'examiner plus étroitement le système du *Senior Manager Regime* britannique et de reprendre tout ou partie des mécanismes qui ont déjà fait leurs preuves avec un « *Swiss Finish* », ce afin de laisser aux acteurs du marché et à la FINMA une marge de manœuvre suffisante pour sa mise en place concrète. Affaire à suivre...

Interview mit Frau Bundespräsidentin Viola Amherd / Interview avec Madame la Présidente de la Confédération Viola Amherd

Viola Amherd

1982-1987	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg
1990	Erlangung des Notarsdiploms des Kantons Wallis
1991	Erlangung des Anwaltsdiploms und des Anwaltspatents des Kantons Wallis
1991-2018	Tätigkeit als selbständige Advokatin und Notarin in Brig-Glis
2000-2012	Präsidentin der Stadtgemeinde Brig-Glis
2005	Wahl in den Nationalrat
2011-2018	Vizepräsidentin der CVP-Bundeshausfraktion
2018	Wahl in den Bundesrat
Seit 2019	Chefin des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS
2024	Bundespräsidentin



Bildnachweis: VBS/DDPS – André Scheidegger

Quelles sont les circonstances qui vous ont amené à étudier à Fribourg ? Est-ce que vous avez envisagé d'autres universités ? Le bilinguisme a-t-il influencé votre choix final ?

Viele Oberwalliserinnen und Oberwalliser studierten traditionell an der Uni Freiburg. Auch von meinen Mitschülerinnen und Mitschülern am Kollegium in Brig sind viele an die Uni Freiburg gegangen. Diese Wahl hat sicher auch damit zu tun, dass Freiburg und das Wallis zweisprachige Kantone sind. Das verbindet uns.

Les Valaisans et les Valaisannes qui étudient à l'Université de Fribourg se plaignent de l'absence de soleil et du supposé brouillard constant ; certains la surnomment même « Grisbourg ». Est-ce que c'était déjà le cas durant votre passage en terres fribourgeoises ?

Ja, das war zu meiner Uni-Zeit bereits schon so. Wenn wir jeweils am Montag zurück nach Freiburg kamen, glaubten uns unsere Kommilitoninnen und Kommilitonen nicht, dass wir im Wallis die Sonne geniessen konnten. Sie mussten die Wochenenden im Nebel verbringen.

Fühlen Sie sich nach wie vor mit der Universität Freiburg verbunden? Pflegen Sie noch Kontakt?

Ja, ich habe vor fast vier Jahrzehnten meinen Abschluss in Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg gemacht und die Bildungsstätte liegt mir auch heute noch am Herzen. Bis zu meiner Wahl als Bundesrätin war ich Mitglied des Senats der Universität und im November 2022 durfte ich anlässlich des Dies academicus eine Rede halten.

Pourquoi avoir choisi les études de droit ? Qu'est-ce qui vous a attiré dans cette matière ?

Ein Rechtsstudium versprach aufgrund der vielfältigen späteren Berufsmöglichkeiten eine interessante Basis für die Zukunft. Das Recht als Grundlage unseres Staates war für mich als politisch interessierte Bürgerin ein faszinierendes und naheliegendes Thema. Zudem trage ich einen ausgeprägten Gerechtigkeitsinn in mir. Diesen konnte ich mit dem Studium und dann dem Beruf als Advokatin und Notarin voll ausleben.

Vous êtes la seule avocate au Conseil fédéral. Êtes-vous la caution « spécialiste du droit » lorsque des questions juridiques se posent en séance du Conseil fédéral ?

Alle Bundesrätinnen und Bundesräte haben eine lange politische Karriere hinter sich und sind mit den grundsätzlichen Rechtsfragen der Bundespolitik vertraut. Als ausgebildete Advokatin und Notarin habe ich vielleicht manchmal etwas mehr Detailwissen oder einen anderen Bezug zu Rechtsfragen, aber die Spezialistin des Rechts bin ich deswegen nicht und sicher nicht auf allen Gebieten. Wie alle Bundesrätinnen und Bundesräte ziehe ich bei spezifischen Rechtsfragen vor den Bundesratssitzungen bei Bedarf den Rechtsdienst des Departementes bei. Der Bundesrat kann zudem vor einem Entscheid Rechtsfragen durch das Bundesamt für Justiz beurteilen lassen.

Müssen Sie teilweise auf Ihre juristische Position verzichten, um Ihre politische Meinung vertreten zu können? Oder ist umgekehrt Ihre politische Meinung stark von Ihrer juristischen Ausbildung geprägt worden?

Politik und Recht sind keine Gegensätze, sondern ein Gesamtpaket. Die Politik macht das Recht, aber sie ist selbst auch an das Recht gebunden. Unsere Bundesverfassung hält in Artikel 5 Absatz 1 unmissverständlich fest: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»

Als Juristin ist meine politische Meinung vielleicht stärker rechtlich verankert bzw. unterlegt, als bei Politikerinnen und Politikern ohne juristische Ausbildung. In der Politik lernt man aber sehr schnell, dass eine wichtige Basis unserer Gesellschaft das Recht ist. Keine Politikerin und kein Politiker schiebt das Recht bewusst zur Seite. Als Politikerin habe ich aber die Möglichkeit mich einzubringen, um Recht zu setzen und damit allenfalls auch geltendes Recht, das ich aus bestimmten Gründen für falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachte, auf dem dafür vorgesehenen Weg zu ändern.

Depuis une vingtaine d'années, de nombreuses crises se sont succédées et ont poussé le Conseil fédéral à adopter des législations d'urgence (Al-Qaida, COVID, Axpo, Credit Suisse, etc.). D'après vous, cette pratique constitue-t-elle un changement de paradigme ? Si oui, comment, d'après vous, les juristes doivent-ils le réceptionner ?

Es liegt kein Paradigmenwechsel vor. Aber die Gegenwart ist schnelllebig geworden und leider hatten wir in letzter Zeit vermehrt Krisensituationen, die ein sehr rasches Handeln erforderten, der Bundesrat bedient sich nicht leichthin des Notrechts, sondern nur, wenn er aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit und der Grösse des Problems zur Beurteilung gelangt, dass der ordentliche Rechtsetzungsweg nicht rechtzeitig die erforderlichen Lösungen liefern kann. Nur in der Not ist Notrecht gerechtfertigt. Die Juristinnen und Juristen müssen in der Lage sein, auch unter Zeitdruck gute Rechtsgrundlagen zu entwerfen und akzeptieren, dass Notrecht als ausserordentliches Mittel von der Verfassung ausdrücklich vorgesehen ist. Kritik an Notrecht ist dann angebracht, wenn der Bedarf an Notrecht bezweifelt wird oder die Qualität des Notrechts ungenügend ist.

Wir leben in einer Gesellschaft, die sich gefühlsmässig immer schneller weiterentwickelt. Man hat manchmal den Eindruck, dass die Gesetzgebung immer einen Schritt hinterherhinkt. Wie kann man das ändern? Muss der parlamentarische Prozess neu gedacht werden?

Unser parlamentarischer Prozess ist sicher nicht der Schnellste, aber das hat durchaus seine Vorteile. Die Gesetzgebung in der Schweiz durchläuft einen klar strukturierten Prozess, bei dem möglichst alle Betroffenen involviert werden oder sich einbringen können. Das ermöglicht breit abgestützte Lösungen und eine angemessene Berücksichtigung von Minderheiten. Dadurch erreichen wir eine bessere Qualität der Rechtserlasse und eine höhere Akzeptanz bei den Rechtsbetroffenen. Zudem können mit diesem Prozess Schnellschüsse, die bald wieder korrigiert werden müssen, und Gesetzgebung aus einer aktuellen Laune heraus in der Regel vermieden werden. Das schafft schliesslich eine hohe Rechtssicherheit.

La question de la juridiction constitutionnelle anime souvent le paysage juridique : on réclame régulièrement une extension de cette dernière. Cette démarche n'a cependant aucune chance dans le monde politique, qui tient à maintenir la répartition actuelle des compétences. En tant que juriste, quelle est votre position sur cette question ? En tant que politicienne, défendez-vous la même opinion ?

Es gibt keine scharfe Trennung zwischen der politischen und der juristischen Beurteilung. Beide müssen Hand in Hand gehen. Ich kann die Argumente, die für ein Verfassungsgericht vorgebracht werden, durchaus nachvollziehen. Andererseits hat sich unsere in der Bundesverfassung verankerte Gewaltenteilung über lange Zeit sehr bewährt. Ein Systemwechsel muss deshalb sehr gut überlegt werden.

Seit Jahren klagt man über den tiefen Frauenanteil in der Armee; allgemein ist die Armee personell unterbesetzt. Es scheint hingegen, dass Lösungsvorschläge selten Mehrheiten finden und man sich mit der Problemerkennung und Lösungsfindung (insb. was Frauen in der Armee angeht) etwas im Kreis dreht. Was braucht es konkret, damit man bei diesen Problemen einen Schritt weiterkommt?

Wir sind daran, das Dienstpflichtsystem zu überarbeiten. Die Erhöhung des Frauenanteils in der Armee ist eine klare Zielsetzung von mir und auch des Chefs der Armee. Wir arbeiten intensiv daran. In einem ersten Schritt wollen wir den Orientierungstag auch für Frauen obligatorisch einführen. Dadurch werden die Frauen über die zahlreichen Möglichkeiten informiert, die sich Ihnen durch den Militärdienst eröffnen. In einem zweiten Schritt entscheiden wir über ein neues Dienstpflichtmodell.

Bis dahin müssen wir realistisch bleiben: Solange der Militärdienst für die Männer Pflicht ist und für die Frauen freiwillig, wird es immer grosse Unterschiede zwischen dem Männer- und Frauenanteil in der Armee geben. Erst wenn Männer und Frauen bezüglich Militärdienst vollständig gleich behandelt werden, sei es Pflicht für beide oder Freiwilligkeit für beide, werden sich die Anteile einander angleichen.

Zudem müssen wir uns als Mitglieder der Gesellschaft wieder bewusster werden, dass Teil der Gesellschaft zu

sein auch heisst, einen Beitrag für die Gesellschaft zu leisten. Die Sicherheit unseres Landes ist zum Wohl von uns allen, wir alle müssen daher auch nach unseren Kräften aktiv zu dieser Sicherheit beitragen. Mit dem Militärdienst wird ein solcher Beitrag geleistet.

Wer muss eigentlich bei wem stärker lobbyieren: der Bundesrat bei den RatsmitgliederInnen, oder die RatsmitgliederInnen beim Bundesrat?

Lobbyieren heisst Interessen vertreten. Daran ist per se nichts Schlechtes. Im Gegenteil, das ist sogar der Ursprung von Parteien und der Aufgabe von Politikerinnen und Politikern. Sie haben die Auftrag, die Interessen ihrer Wählerinnen und Wähler bestmöglich zu vertreten. Dabei darf aber der Gesamtblick für die Gesellschaft nicht verloren gehen. Rücksichtsloser Lobbyismus verhindert tragfähige Lösungen.

Zwischen Ratsmitgliedern und dem Bundesrat wird dauernd lobbyiert. Tendenziell muss der Bundesrat wohl eher bei den Parlamentsmitgliedern seine Interessen vertreten als umgekehrt. Das Parlament kann dem Bundesrat nämlich Aufträge erteilen, der Bundesrat dem Parlament aber nur Anträge stellen. Will der Bundesrat mit einem Antrag durchdringen, muss er das Parlament davon überzeugen.

Welchen Ratschlag würden Sie den Studierenden der rechtswissenschaftlichen Fakultät von Fribourg gerne noch mit auf den Weg geben? Nous vous laissons également le mot de la fin.

Juristinnen und Juristen müssen analysieren und logisch denken, sich mündlich und schriftlich verständlich ausdrücken können. Sie müssen zuhören, nachfragen und gründlich arbeiten. Sie müssen diese Fähigkeiten einbringen, um Lösungen zu finden. Das bedingt, dass man über den eigenen Tellerrand hinausblicken und verstehen kann. Gute Juristinnen und Juristen können mit anderen Fachdisziplinen auf Augenhöhe und auch für Nichtjuristinnen und -juristen verständlich kommunizieren. Sie haben ein interdisziplinäres Blickfeld, nicht nur juristische Scheuklappen.

Wer nicht zur Lösung eines Problems beiträgt, ist Teil des Problems.

La Quid? Fribourg Law Review célèbre ses dix ans !

Alors qu'elle touche bientôt à sa fin, l'année 2024 marque une étape mémorable pour notre revue qui a su se frayer un chemin dans le monde des publications juridiques. Dix ans auparavant, un petit groupe de sept étudiant.e.s intrépides prenaient l'initiative de créer un espace unique de réflexion, de partage et d'expression pour les étudiant.e.s en droit de l'Université de Fribourg.

En quelques mois, ce premier comité éditorial a affûté sa vision et imaginé un nom évocateur, « Quid? », qui interroge et stimule la réflexion. Le 2 avril 2014, le Hall d'Honneur de Miséricorde a vibré d'excitation alors que la première édition de Quid? était dévoilée. Six articles, fruit du travail acharné de jeunes juristes, ont été célébrés par une foule enthousiaste, marquant le début d'une aventure qui ne faisait que commencer.

Depuis, Quid? s'est transformée en une communauté dynamique, un carrefour d'idées où la pensée critique et la rigueur juridique se rencontrent. La référence à notre revue dans un arrêt du Tribunal fédéral en 2022 est la consécration de l'importance de notre mission et une reconnaissance de la pertinence des travaux publiés.

Les membres fondateurs, aujourd'hui avocat.e.s, doctorant.e.s, acteurs et actrices influent.e.s du monde juridique, se remémorent avec fierté le chemin parcouru. Ils ont non seulement créé une association universitaire, mais aussi une revue juridique où chaque contribution compte. Grâce à l'engagement indéfectible de son comité éditorial, à la passion de ses contributeur.trice.s ainsi qu'au soutien des Professeur.e.s et de nos sponsors, nous avons réussi à bâtir un projet qui dépasse les simples pages d'une publication.

En cette occasion spéciale, nous tenons à remercier tous ceux qui ont participé à cette aventure, des fondateur.trice.s visionnaires au lectorat fidèle qui a cru en nous. Nous nous réjouissons de poursuivre cette belle aventure, de continuer à explorer les défis juridiques de notre époque et d'encourager de nouvelles générations à s'impliquer dans le débat juridique. Longue vie à la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW !

Nadia Masson, au nom du comité éditorial

Quid? Fribourg Law Review feiert ihr zehnjähriges Jubiläum

Während das Jahr 2024 sich dem Ende zuneigt, markiert es einen bedeutenden Meilenstein für unsere Zeitschrift, die sich erfolgreich ihren Weg in die Welt der juristischen Publikationen gebahnt hat. Vor zehn Jahren ergriff eine kleine Gruppe von sieben mutigen Studierenden die Initiative, einen einzigartigen Raum für Reflexion, Austausch und Ausdruck für die Jusstudierenden der Universität Freiburg zu schaffen.

In nur wenigen Monaten formte dieses erste Redaktionsteam eine klare Vision und entwarf einen prägnanten Namen, „Quid?“, der zum Nachdenken anregt und Fragen aufwirft. Am 2. April 2014 wurde die erste Ausgabe von Quid? in der Ehrengalerie von Miséricorde mit großer Spannung präsentiert. Sechs Artikel, das Ergebnis harter Arbeit junger Juristinnen und Juristen, wurden von einem begeisterten Publikum gefeiert und markierten den Beginn eines Abenteuers, das gerade erst anfing.

Seitdem hat sich Quid? in eine dynamische Gemeinschaft verwandelt, einen Ort, an dem kritisches Denken und Kreativität aufeinandertreffen. Der Verweis auf unsere Zeitschrift in einem Urteil des Bundesgerichts im Jahr 2022 ist die Krönung der Bedeutung unserer Mission und eine Anerkennung der Relevanz der veröffentlichten Arbeiten.

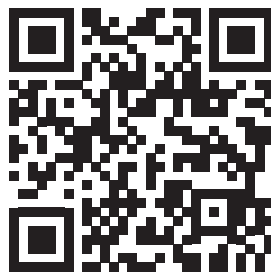
Die Gründungsmitglieder, heute Anwält:innen, Doktorand:innen und einflussreiche Akteure der juristischen Welt, blicken mit Stolz auf den zurückgelegten Weg zurück. Sie haben nicht nur einen universitären Verein ins Leben gerufen, sondern auch eine juristische Zeitschrift, in der jede einzelne Stimme zählt. Dank des unermüdlichen Engagements des Redaktionsteams, der Leidenschaft der Beitragenden und der Unterstützung der Professorinnen und Professoren sowie unserer Sponsoren ist es uns gelungen, ein Projekt aufzubauen, das weit über die bloßen Seiten einer Publikation hinausgeht.

An diesem besonderen Anlass möchten wir all jenen danken, die an diesem Abenteuer teilgenommen haben - von den visionären Gründer:innen bis hin zu den treuen Leser:innen, die an uns geglaubt haben. Wir freuen uns darauf, dieses wunderbare Projekt fortzusetzen, weiterhin die rechtlichen Herausforderungen unserer Zeit zu erforschen und neue Generationen zu ermutigen, sich am juristischen Diskurs zu beteiligen. Auf die nächsten Jahre der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW!

Nadia Masson, im Namen des Redaktionsteams



QUID?
Fribourg
Law Review



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

