

# QUID?

## FRIBOURG LAW REVIEW

---

### ARTICLES

Le moment du dommage dans un rapport *execution only*

*Alborz Tolou*

Die Ausgestaltung der Eventualmaxime im Berufungsverfahren der ZPO bei Geltung der Untersuchungsmaxime

*Daniel Egli*

L'obligation de mettre en place un plan social

*Julien Francey*

Anspruch auf Achtung des Familienlebens im Rahmen des Familiennachzugs

*Kimberly Amrein*

Avantages et inconvénients d'un contrôle de constitutionnalité en Suisse

*Flavien Morard*

Can International Commercial Arbitration be Considered an Autonomous Legal Order?

*Frédéric A. Ney*

### CAREER SPOTLIGHT

Interview avec Jean-Luc Baechler, Président du Tribunal administratif fédéral



Editors	Benjamin Bürgi Ramin Silvan Gohari Edouard de Weck Guillaume Braid Baptiste Favez Noemie Gossweiler
Faculty Advisors	Prof. Samantha Besson Prof. Ramon Mabillard
Honorary Members	Prof. Benoît Chappuis Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Nadja Al Kanawati, Matthias Lanzoni, Louis Muskens
Sponsors	Fachschaft Jus et AGEF Institut pour le droit suisse et international de la construction Peter Jäggi Gedächtnisstiftung Fondation pour le droit suisse de la circulation routière Law Faculty of the University of Fribourg
Contact	Quid? Fribourg Law Review <a href="http://www.unifr.ch/ius/quid">www.unifr.ch/ius/quid</a> <a href="mailto:fribourglawreview@unifr.ch">fribourglawreview@unifr.ch</a>
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Design Credits	© Hannah Newbery



**EDITORIAL** 5**ARTICLES**

Le moment du dommage dans un rapport *execution only* 7  
Commentaire de l'arrêt TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013 du 31 mars 2014  
*Alborz Tolou*

Die Ausgestaltung der Eventualmaxime im Berufungsverfahren  
der ZPO bei Geltung der Untersuchungsmaxime 11  
*Daniel Egli*

L'obligation de mettre en place un plan social 15  
*Julien Francey*

Anspruch auf Achtung des Familienlebens im Rahmen des  
Familiennachzugs 19  
*Kimberly Amrein*

Avantages et inconvénients d'un contrôle de constitutionnalité en Suisse 23  
*Flavien Morard*

Can International Commercial Arbitration be Considered an  
Autonomous Legal Order? 27  
*Frédéric A. Ney*

**PhD CANDIDATES**

Die Macht des Schwächeren? 32  
Kritische Gedanken zu sozial sensiblen Bereichen des Vertragsrechts, unter  
besonderer Berücksichtigung des Mietrechts und des Konsumentenschutzrechts  
*Nicole Aellen*

L'exercice collectif des droits en Suisse 33  
*Léonard Maradan*

**CAREER SPOTLIGHT**

Interview avec Jean-Luc Baechler, Président du Tribunal administratif fédéral 35



FRIBOURG LAW REVIEW

Q

# *Publish. Stand Out.*

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

## **YOU**

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

## **WE**

- are the QUID? FRIBOURG LAW REVIEW
- publish under the auspices of Fribourg Law Professors
- are officially referenced by the Swiss National Library
- cooperate with Zurich law firm Niederer Kraft & Frey

**LEARN MORE AT [www.unifr.ch/ius/quid](http://www.unifr.ch/ius/quid)**  
**CONTACT US [fribourglawreview@unifr.ch](mailto:fribourglawreview@unifr.ch)**

Chère lectrice, cher lecteur,

Voici déjà la troisième édition de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ! À nouveau, nous nous réjouissons de pouvoir vous présenter dans cette édition une sélection d'articles intéressants et variés.

La présente édition s'ouvre sur un commentaire d'arrêt du Tribunal fédéral en matière de droit des obligations : Alborz Tolou se penche sur la question du moment du dommage intervenant dans le cadre de l'exécution d'un ordre boursier. Daniel Egli consacre ensuite un article au droit de procédure, à savoir la portée de la maxime éventuelle en procédure d'appel. Trois articles traitent de sujets faisant régulièrement l'objet de débats publics : le premier, de Julien Francey, sur l'obligation de l'employeur de mettre en place un plan social ; le deuxième, de Kimberly Amrein, sur le respect du droit à la vie familiale en cas de regroupement familial ; le troisième, de Flavien Morard, sur l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité en Suisse. Enfin, cette édition se clôt sur un article de Frédéric A. Ney au sujet de l'arbitrage en matière de commerce international : ce dernier peut-il être considéré comme un ordre juridique autonome ?

Nous vous proposons ensuite, pour la troisième fois, un entretien avec un alumnus de la Faculté de droit : Jean-Luc Baechler, Président du Tribunal administratif fédéral, nous fait part de son parcours professionnel et de ses souvenirs d'études à l'Université de Fribourg dans la rubrique *Career Spotlight*. Nous tenons à remercier chaleureusement Jean-Luc Baechler d'avoir bien voulu prendre le temps de partager son expérience avec nous.

Nous nous réjouissons particulièrement de pouvoir relever ici la mention de QUID? dans l'illustre ASA Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage. Cette mention confirme non seulement la sélection minutieuse et la qualité élevée des articles publiés dans QUID?, mais aussi l'intérêt que suscite QUID? bien au-delà de notre Université. Ceci représente un grand encouragement aussi bien pour les auteurs que pour le comité de rédaction.

Liebe Leserin, lieber Leser

Die QUID? FRIBOURG LAW REVIEW geht in die dritte Runde! Wiederum ist es uns eine grosse Freude, Ihnen auch in dieser Ausgabe eine vielfältige Artikelauswahl präsentieren zu dürfen.

Den Beginn der aktuellen Ausgabe macht ein Beitrag zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Obligationenrecht: Alborz Tolou beleuchtet die Frage, wann ein Schaden im Zusammenhang mit einer Börsenorder entsteht. Daniel Egli widmet sich sodann in einem verfahrensrechtlichen Beitrag der Ausgestaltung der Eventualmaxime im Berufungsverfahren. Weitere interessante Themen, die zudem auch immer wieder zu öffentlichen Diskussionen Anlass geben, werden in den Beiträgen über die Pflicht des Arbeitgebers zur Ausarbeitung eines Sozialplanes (Julien Francey), über den Anspruch auf Achtung des Familienlebens beim Familiennachzug (Kimberly Amrein) und über die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz (Flavien Morard) behandelt. Abgerundet wird die Ausgabe mit einem Artikel zur Frage, ob die Regeln der Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Handel als eigenständige Rechtsordnung betrachtet werden können (Frédéric A. Ney).

Weiter warten wir auch in dieser Ausgabe mit einem spannenden Interview mit einem Alumnus der Universität Fribourg auf: Jean-Luc Baechler, Präsident des Bundesverwaltungsgerichtes, gibt in der Rubrik *Career Spotlight* über seinen Berufsalltag und seine Studienzeit an der Universität Fribourg Auskunft. Für diese Gelegenheit danken wir Herrn Baechler bestens.

An dieser Stelle freut es uns ausserordentlich, Sie auf die Erwähnung von QUID? im renommierten ASA Bulletin der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit hinweisen zu können. Die Erwähnung bestätigt nicht nur die sorgfältige Auswahl und hohe Qualität der in QUID? publizierten Artikel, sie zeigt auch, dass QUID? über die universitären Grenzen hinaus auf Interesse stösst. Sowohl für die Autorinnen und Autoren wie auch für das Redaktionsteam stellt dies eine grosse Motivation dar.

Nous tenons à remercier nos Faculty Advisors, Prof. Samantha Besson et Prof. Ramon Mabillard, ainsi que nos membres parrains, en particulier le Prof. Benoît Chappuis, pour leur soutien renouvelé à QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

La publication de cette troisième édition n'aurait pas été possible sans nos sponsors. Nous souhaitons ainsi remercier la Fachschaft de droit et l'AGEF, la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, la Fondation Peter Jäggi, la Fondation pour le droit suisse de la construction ainsi que la Fondation pour le droit de la circulation routière pour leur précieuse contribution au succès et à la pérennité de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Nous vous souhaitons une lecture intéressante et nous réjouissons de vos retours et impressions sur cette troisième édition de QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le comité de rédaction

Für deren geschätzte Unterstützung bei der Herausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW bedanken wir uns herzlich bei unseren Faculty Advisors, Prof. Samantha Besson und Prof. Ramon Mabillard, sowie den Ehrenmitgliedern, insbesondere Herrn Prof. Benoît Chappuis.

Auch diese Ausgabe wäre nicht realisierbar gewesen ohne unsere Sponsoren, weshalb wir an dieser Stelle der Fachschaft Jus sowie AGEF, der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Fribourg, der Peter Jäggi Gedächtnisstiftung, der Stiftung für schweizerisches Baurecht und der Stiftung für Verkehrsrecht herzlich für ihren wichtigen Beitrag zum Bestehen und Erfolg der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW danken.

Wir wünschen Ihnen eine spannende und anregende Lektüre und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zur QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

# Le moment du dommage dans un rapport *execution only*

Commentaire de l'arrêt TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013 du 31 mars 2014

Alborz Tolou (étudiant en Master, Université de Fribourg)

The author analyses a decision by the Swiss Federal Supreme Court regarding the relevant moment for calculating the loss which a bank's client, a foundation, incurred because the bank had sold its shares without its consent. He finds that the causal link between the breach of contract and the damage existed until the moment when the client found out about the sale as the shares could then have been repurchased.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## I. Introduction

Situer dans le temps la survenance du fait générateur de responsabilité civile est essentiel pour le calcul du dommage<sup>1</sup>. L'enjeu qui entoure la problématique du moment du dommage est de déterminer dans quelle mesure les événements intervenus après la survenance de l'acte illicite ou la violation du contrat doivent être pris en compte dans ce calcul<sup>2</sup>. L'arrêt du 31 mars 2014 non destiné à publication marque un pas de plus dans le développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur cette question<sup>3</sup>. Avant d'exposer et d'analyser en détail cette décision (III.), nous procéderons à un rappel de quelques généralités sur le moment du dommage (II.).

## II. Un rappel du moment déterminant pour le calcul du dommage

Malgré le fait qu'en matière de calcul du dommage contractuel l'art. 99 al. 3 CO renvoie aux dispositions qui régissent le calcul du dommage délictuel (art. 42 CO)<sup>4</sup>, les règles usuellement présentées comme

générales pour le moment de la détermination du dommage délictuel ne peuvent être transposées au dommage contractuel<sup>5</sup>. Cela s'explique par le fait que la spécificité de la relation contractuelle se répercute sur la détermination du moment du dommage. Notre exposé tient compte de cette divergence en distinguant le moment du dommage délictuel (A.) du moment du dommage contractuel (B.).

### A. Le moment du dommage délictuel

En principe, le moment déterminant pour calculer le dommage délictuel est le jour du jugement de la dernière instance cantonale pouvant prendre en considération des faits nouveaux<sup>6</sup>. En cas de transaction judiciaire ou extrajudiciaire, c'est la date convenue dans le contrat qui fait foi<sup>7</sup>.

Ce principe connaît toutefois plusieurs exceptions qui tiennent compte de la particularité des situations dans lesquelles le dommage évolue entre le jour de la survenance du fait générateur de responsabilité civile et le jour du jugement<sup>8</sup>.

### B. Le moment du dommage contractuel

La doctrine majoritaire déduit d'un arrêt du Tribunal fédéral relatif à un contrat de dépôt le principe selon lequel le dommage contractuel est calculé, au choix du créancier, soit au moment de la violation du contrat soit au jour du jugement cantonal de dernière

<sup>1</sup> B. CHAPPUIS, Le moment du dommage, th. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007, N 30.

<sup>2</sup> B. CHAPPUIS, Le moment de la fixation du dommage, in F. Werro (édit.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, N 1 ss, 4.

<sup>3</sup> TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013, c. 4 (31.3.2014).

<sup>4</sup> L. THÉVENOZ, art. 99 N 15, in L. Thévenoz/F. Werro, Code des obligations I – Art. 1-529 CO, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 (ci-après : CR CO I-AUTEUR, art.) ; W. WIEGAND, art. 99 N 17, in H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (édit.), Obligationenrecht I – Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 (ci-après : BSK OR I-AUTEUR, art.).

<sup>5</sup> CHAPPUIS (n. 1), N 426 et 653 ; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/S. EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. 2, 10<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 2925 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 59.

<sup>6</sup> TF, 4A\_169/2010, c. 4.3.1 (23.8.2010) ; ATF 125 III 14, c. 2c, JdT 1999 I 359 ; ATF 122 III 53, c. 4c, JdT 1996 I 590 ; ATF 99 II 214, c. 3b ; ATF 77 II 12, JdT 1951 I 477 ; R. BREHM, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Berner Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2013, CO 42 N 7 (ci-après : BK-Brehm, CO) ; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, art. 42 N 4 ; F. WERRO, La responsabilité civile, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2011, N 985 ; W. FELLMANN/A. KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. 1, Berne 2012, N 1380. Pour une analyse détaillée, cf. CHAPPUIS (n. 1), N 157 ss.

<sup>7</sup> CHAPPUIS (n. 2), 5 ; W. OTT/K. TENCHIO-KUZMIG, Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht, RDS 1998 I 183 ss, p. 185.

<sup>8</sup> Pour un développement, cf. CHAPPUIS (n. 1), N 209 ss ; CR CO I-WERRO, art. 42 N 15 et les réf. citées.

instance<sup>9</sup>.

Les exceptions à cette règle sont encore plus nombreuses qu'en matière délictuelle, à tel point que la doctrine récente considère qu'on ne peut déduire de la jurisprudence un principe général applicable à l'ensemble de la responsabilité contractuelle<sup>10</sup>. Ainsi, en cas d'impossibilité subséquente fautive, on retient que le moment déterminant est, au choix du créancier, le jour où le débiteur aurait dû effectuer sa prestation ou le jour du jugement<sup>11</sup>. En matière de demeure, il faut distinguer entre la demeure simple (art. 103 ss CO) et la demeure qualifiée (art. 107 ss CO)<sup>12</sup>. En cas de demeure simple, le moment déterminant pour le calcul du dommage est l'introduction de l'action en exécution<sup>13</sup>. Pour la demeure qualifiée, c'est le jour où le créancier exerce son droit formateur afin de faire valoir des dommages-intérêts positifs (art. 107 al. 2 CO) ou négatifs (art. 109 al. 2 CO) qui est déterminant<sup>14</sup>. Enfin, en cas de violation positive du contrat, le Tribunal fédéral semble hésiter entre le moment de la violation du contrat<sup>15</sup> ou de la survenance du dommage<sup>16</sup>, tout en laissant la possibilité au créancier de choisir le jour du jugement<sup>17</sup>.

### III. La vente de titres sans autorisation – TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013

Nous commencerons par exposer les faits (A.) et la décision du Tribunal fédéral (B.), avant de terminer par une analyse de l'arrêt (C.).

#### A. Les faits en cause

L'affaire ici commentée concerne une personne physique qui, avec l'aide d'une banque, constitue une fondation dont il est le seul bénéficiaire. La fondation ouvre auprès de la banque une relation de compte courant et de dépôt, ainsi qu'un dossier titres. Le bénéficiaire de la fondation est l'ayant droit économique de ce compte et a un pouvoir de gestion sur celui-ci. Entre 1999 et 2002, la fondation investit de manière importante dans des titres d'une vingtaine de sociétés américaines cotées en bourse. En novembre 2002, la banque tente en vain de joindre la fondation et son bénéficiaire afin de clarifier leur situation au regard de la nouvelle réglementation américaine concernant l'imposition à la source des revenus américains. Un mois plus tard, et après avoir découvert que le bénéficiaire n'était pas domicilié à l'adresse qu'il avait indiquée lors de l'ouverture du compte, la banque décide de vendre la totalité des titres américains appartenant à la fondation pour un prix de USD 1'630'065.- qu'elle verse sur le compte de celle-ci. Début juillet 2003, le client reprend contact avec la banque et lui indique qu'il n'a pas d'obligations fiscales envers les États-Unis. Ce n'est que le 31 juillet 2003 que, à la suite d'une conversation téléphonique avec sa banque, le client apprend la vente de ses titres. À cette date, la valeur des titres américains vendus s'élève à USD 1'900'595.-. La relation contractuelle entre la fondation et la banque prend fin en février 2005 à l'initiative de la banque, alors que les titres américains vendus valent USD 3'127'227.57. En juillet 2009, la fondation actionne la banque en dommages-intérêts pour un montant de USD 1'497'163.- correspondant à la différence entre la valeur des actions à la fin du contrat en 2005 (USD 3'127'227.57) et celle au moment où les actions ont été vendues en 2002 (USD 1'630'065.-). Le Tribunal de première instance condamne la banque à verser USD 270'530.- plus intérêt à 5% dès le 29 juillet 2005 au client. Ce montant correspond à la différence entre la valeur des actions lorsque la fondation a appris la vente de celles-ci en 2003 (USD 1'900'595.-) et celle au moment où la banque les a vendues en 2002 (USD 1'630'065.-). Sur appel de la fondation, le Tribunal cantonal réforme le jugement de première instance uniquement sur le point de départ des intérêts qu'il fixe au 31 juillet 2003. La fondation recourt au Tribunal fédéral.

<sup>9</sup> ATF 109 II 474, c. 3, JdT 1984 I 485 ; A. VON TUHR/A. ESCHER, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, vol. 2, Zurich 1974, N 102 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 97 N 51 ; CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 59 ; *contra* not. CHAPPUIS (n. 1), N 676 et P. GILLIÉRON, *Les dommages-intérêts contractuels*, thèse d'habilitation, Lausanne 2011, N 238, qui considèrent que la solution de cet arrêt n'est pas transposable à l'ensemble du domaine contractuel.

<sup>10</sup> Parmi d'autres, cf. CHAPPUIS (n. 1), N 676 ; OTT/TENCHIO-KUZMIC (n. 7), 190 ss ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 5), N 2925 ; GILLIÉRON (n. 9), N 238.

<sup>11</sup> ATF 122 III 53, c. 4c, JdT 1996 I 590 ; ATF 109 II 474, c. 3, JdT 1984 I 485 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 5), N 2926 ; BSK OR I-WIEGAND, art. 97 N 51.

<sup>12</sup> Sur ces notions, cf. not. P. TERCIER/P. PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, N 1279 ss et 1299 ss.

<sup>13</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 5), N 2927 et les réf. citées.

<sup>14</sup> TF, 4A\_257/2007, c. 3 (8.11.2007) ; ATF 120 II 296, c. 3b ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 5), N 2927 ; CHAPPUIS (n. 1), N 729.

<sup>15</sup> ATF 137 III 16, c. 2.3, JdT 2013 II 315 ; ATF 106 II 134, c. 2d ; ATF 87 II 155, c. 3b, JdT 1962 I 292 ; *contra* not. BSK OR I-WIEGAND, art. 97 N 52.

<sup>16</sup> ATF 130 III 591, c. 3.1, JdT 2006 I 131 ; cf. BSK OR I-WIEGAND, art. 97 N 52.

<sup>17</sup> Cf. CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 59 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (n. 5), N 2928.



## B. La décision du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral qualifie la relation contractuelle entre la banque et la fondation de contrat de mandat de type *execution only*<sup>18</sup>. Dans cette relation, le rôle de la banque se réduit à exécuter les ordres du client, sans avoir un pouvoir de gestion sur les avoirs déposés<sup>19</sup>. La violation contractuelle de la banque, qui découle de la vente des titres du client sans instruction de celui-ci, n'est pas contestée, de sorte que sa responsabilité au sens de l'art. 398 al. 2 CO est engagée<sup>20</sup>. Le point qui reste à trancher par le Tribunal fédéral est celui du moment déterminant pour le calcul du dommage. À ce propos, il commence par rappeler qu'en matière de gestion de fortune, le moment déterminant pour le calcul du dommage est souvent fixé à la date de la résiliation du contrat, puisque les devoirs de gestion subsistent jusqu'à l'expiration des rapports contractuels<sup>21</sup>. Il ajoute que, contrairement au mandat de gestion, le client en relation *execution only* avec sa banque garde durant toute cette relation le pouvoir de gérer son patrimoine sans que la banque ne puisse intervenir<sup>22</sup>. Le client a dès lors la possibilité de racheter à tout moment les titres vendus à tort par sa banque. Cela permet au Tribunal fédéral de conclure que le dommage résultant d'une relation *execution only* se calcule non pas à la fin de la relation contractuelle, mais bien au moment où le client prend connaissance de la violation du contrat, puisque c'est à partir de ce moment qu'il aurait pu racheter les titres vendus<sup>23</sup>. Il confirme ainsi l'arrêt du Tribunal cantonal.

## C. Une appréciation

Cet arrêt appelle pour l'essentiel deux remarques. Premièrement, il illustre une fois de plus qu'en matière contractuelle on ne saurait admettre une règle générale relative au moment déterminant pour le calcul du dommage. Le principe souvent retenu en doctrine selon lequel le dommage contractuel se calcule, au choix du lésé, soit au moment de la

violation du contrat soit au jour du jugement n'est pas adéquat. En effet, le choix de la violation du contrat comme moment déterminant conduirait à retenir dans le cas d'espèce une absence de dommage, puisque les actions ont été remplacées dans le portefeuille du client par le produit de leur vente au prix du marché. Choisir le moment du jugement aurait été tout aussi inconcevable, puisque cela aurait permis au lésé de récupérer plus que la perte qu'il a réellement subie. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le Tribunal fédéral ne fait nullement référence à ces deux moments dans son arrêt. Son analyse s'oriente dès le début sur les spécificités du contrat *execution only*.

Secondement, il ressort clairement de cet arrêt que le moment du calcul du dommage doit être vu comme un corollaire du lien de causalité adéquate. On le voit bien, c'est l'analyse de la causalité entre le dommage et la violation du contrat qui permet au Tribunal fédéral de retenir comme moment du calcul, non pas la date de la fin des rapports contractuels, mais le jour de la connaissance par le client de la violation du contrat. À partir de cet instant, le client avait la possibilité de racheter ses actions. S'il l'avait fait aussitôt après en avoir appris la vente, sa perte se serait élevée à USD 270'530.-. Celle-ci constitue le seul dommage imputable à la banque. L'augmentation de la valeur des titres entre la prise de connaissance de la vente en 2003 et la résiliation du contrat en 2005 ne peut être mise à la charge de la banque, puisqu'elle découle non pas de la vente des titres opérés en 2002, mais bien de la décision du client de ne pas les racheter. Elle n'est dès lors pas en lien de causalité adéquate avec la violation du contrat. Dans l'hypothèse où la valeur des actions en 2003 aurait été inférieure à celle qu'elles avaient en 2002, alors le client n'aurait pas subi de dommage.

Il faut retenir de cet arrêt le principe selon lequel le moment du dommage doit être fixé au jour où la violation contractuelle cesse d'être la cause de l'évolution du dommage. Ce principe ne se limite pas aux particularités du contrat *execution only*, mais doit à notre avis s'appliquer à chaque type de responsabilité. En matière de responsabilité délictuelle, il signifie que le juge doit calculer le dommage en se plaçant au jour où l'acte illicite cesse de produire des effets dommageables dans le patrimoine du lésé. Si cet acte continue à produire des effets jusqu'au jour du jugement, c'est ce jour qui sera déterminant pour

<sup>18</sup> TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013, c. 4.1 (31.3.2014).

<sup>19</sup> Cf. C. LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, N 724.

<sup>20</sup> TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013, c. 4.1 (31.3.2014).

<sup>21</sup> TF, 4A\_351/2007, c. 3.2.3 (15.1.2008) ; TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013, c. 4.3 (31.3.2014). Sur cette question, cf. B. CHAPPUIS, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, in L. Thévenoz/C. Bovet (édit.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Zurich 2009, 83 ss.

<sup>22</sup> TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013, c. 4.5 (31.3.2014).

<sup>23</sup> TF, 4A\_548/2013, 4A\_550/2013, c. 4.5-7 (31.3.2014).

le calcul du dommage. Dans son évaluation, le juge devra non seulement tenir compte du dommage déjà subi par la victime (dommage actuel), mais aussi de celui qu'il subira après cette date, dans la mesure où il est prévisible (dommage futur)<sup>24</sup>.

#### IV. Conclusion

Le moment du calcul du dommage est un corollaire du lien de causalité. En matière contractuelle, il ne peut être fixé de manière générale, mais dépend

des particularités de la relation juridique en cause et de la forme que prend la violation contractuelle. Le juge doit se placer au moment où l'évolution du dommage n'est plus en lien de causalité adéquate avec la violation contractuelle pour calculer le dommage. Lorsqu'une banque en relation *execution only* vend sans instruction des titres appartenant à un client, le dommage doit être calculé au jour de la connaissance par le client de la vente, dans la mesure où c'est à partir de ce moment qu'il a la possibilité de racheter les titres.

---

<sup>24</sup> Sur ces deux notions, cf. not. WERRO (n. 6), N 985 et 988.

# Die Ausgestaltung der Eventualmaxime im Berufungsverfahren der ZPO bei Geltung der Untersuchungsmaxime

Daniel Egli (Master-Student, Universität Fribourg)

The author examines to what extent new factual claims and evidence may be brought in civil appellate proceedings if it is up to the court to establish the facts of its own motion. He disagrees with the Swiss Federal Supreme Court's interpretation of the law and argues that new factual claims and evidence should be allowed until the beginning of the court's deliberations.

Abstract provided by the Editorial Board

## 1. Die Eventualmaxime im Berufungsverfahren

Die Eventualmaxime (oder auch Konzentrationsmaxime) ergibt sich aus dem Beschleunigungsgebot, welches besagt, dass Verfahren, und insbesondere auch Rechtsmittelverfahren, innert angemessener Frist und ohne Verzögerung durchzuführen und abzuschliessen sind.<sup>1</sup> Für die Eventualmaxime im Zivilprozess bedeutet dies, dass neue Vorbringen der Parteien nicht während der gesamten Prozessdauer möglich sind. „Vielmehr sollen diese konzentriert und abschliessend bis zu einem bestimmten Zeitpunkt [im Verfahren] vorliegen.“<sup>2</sup> Begrifflich betrachtet, regelt die Eventualmaxime demnach die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt in einem Verfahren die Parteien ihre Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzubringen haben.<sup>3</sup>

Eng mit der Eventualmaxime ist das Novenrecht verknüpft. So wird das Regime der Eventualmaxime durch das Novenrecht gemildert. Gestützt darauf können die Parteien nach dem durch die Eventualmaxime festgelegten Zeitpunkt neue

<sup>1</sup> Gewährleistet ist das Gebot durch Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

<sup>2</sup> REETZ PETER/HILBER SARAH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 317 N 9.

<sup>3</sup> STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, S. 152 N 37; KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2010 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band 98), N 1.

Tatsachen und Beweismittel im Verfahren vorbringen.<sup>4</sup> Praxisgemäss wird auch im Berufungsverfahren zwischen echten und unechten Noven unterschieden.<sup>5</sup>

Mit dem Rechtsmittel der Berufung, geregelt in den Art. 308 ff. der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide und erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar, unabhängig davon, in welcher Verfahrensart der vorinstanzliche Entscheid ergangen ist.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber hat mit Art. 317 ZPO eine Beschränkung für das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln im Berufungsverfahren vorgesehen. Die Ausgestaltung der Eventualmaxime in der Berufung hängt grundsätzlich davon ab, inwieweit das Novenrecht neue Tatsachen und Beweismittel im Rechtsmittelverfahren zulässt.

## 2. Bei Geltung der Untersuchungsmaxime

In zivilprozessualen Verfahren gilt in der Regel der Verhandlungsgrundsatz.<sup>7</sup> D.h., es obliegt den Parteien, die wesentlichen Tatsachen zu behaupten und die erforderlichen Beweise durch Einreichen der greifbaren Beweismittel oder durch Stellung von Beweisanträgen zu erbringen. Unterliegt ein Verfahren der Untersuchungsmaxime, wird der Sachverhalt von Amtes wegen durch das Gericht festgestellt und neue Tatsachen und Beweismittel können bis zur Urteilsberatung unbeschränkt

<sup>4</sup> KLINGLER, N 194.

<sup>5</sup> Vgl. dazu die Definition im Urteil des Bundesgerichts 5A\_621/2012 vom 20. März 2012 E 5.1, wonach echte Noven Tatsachen und Beweismittel sind, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Diese sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können.

<sup>6</sup> SPÜHLER KARL, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 308 N 2.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO.

vorgebracht werden.<sup>8</sup> Welche Verfahren der Untersuchungsmaxime unterliegen, regelt die ZPO.<sup>9</sup> Für erstinstanzliche Verfahren unter dem Regime der Untersuchungsmaxime sieht Art. 229 Abs. 3 ZPO vor, dass neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt werden. Im Rahmen des Berufungsverfahrens stellt sich nun die Frage, inwiefern Noven bei Geltung der Untersuchungsmaxime in das Verfahren eingebracht werden können bzw. ob eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren möglich ist.

Das Bundesgericht hat dazu in einem vieldiskutierten Entscheid vom 28. August 2012 festgehalten, dass es sich bereits aus der Gesetzssystematik ergibt, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO nur im erstinstanzlichen Verfahren Anwendung findet.<sup>10</sup> Dieser Meinung folgt ein Teil der Lehre.<sup>11</sup> Ein anderer Teil hingegen vertritt die Meinung, dass Noven im Berufungsverfahren in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO unbeschränkt zugelassen sind.<sup>12</sup> Das Bundesgericht hat in seinen Erwägungen festgehalten, dass, obwohl eine Mehrheit der Autoren für eine analoge Anwendung ist, eine solche nicht zulässig sei. Die Mehrheitsmeinung sei wenig begründet, wohingegen die Minderheit sich vertiefter mit der Frage auseinandergesetzt habe und zum gegenteiligen Schluss komme.<sup>13</sup> Begründet hat das Bundesgericht seine Auffassung damit, dass der im bundesrätlichen Entwurf vorhandene Verweis des heutigen Art. 317 ZPO auf den heutigen Art. 229 ZPO, welcher

Noven sinngemäss auch im Berufungsverfahren nach den erstinstanzlichen Regeln zugelassen hat, im späteren Gesetzgebungsverfahren gestrichen wurde. Folglich bleibe für eine sinngemässe Anwendung der erstinstanzlichen Novenregelung für Verfahren unter dem Regime der Untersuchungsmaxime im Berufungsverfahren kein Raum mehr.<sup>14</sup>

### 3. Auslegung nach den klassischen Methoden

Nach der grammatikalischen Auslegung von Art. 317 ZPO bleibt offen, ob die Eventualmaxime auch im Berufungsverfahren durch die Untersuchungsmaxime zurückgedrängt wird.<sup>15</sup> Die Norm enthält – entgegen der Ausnahme in Art. 229 Abs. 3 ZPO – keine Sonderregelung für Verfahren, die unter dem Untersuchungsgrundsatz geführt werden.<sup>16</sup>

Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren auch für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorgesehen hat. Nach der systematischen Auslegung wird klar, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO auch für das Rechtsmittelverfahren gelten muss. Ein qualifiziertes Schweigen, wie es das Bundesgericht in einem früheren Entscheid<sup>17</sup> angenommen hat, liegt im Fehlen eines Verweises auf Art. 229 Abs. 3 ZPO in Art. 317 Abs. 1 ZPO demnach nicht vor.

Vertreter der Lehre, die eine analoge Anwendung der Untersuchungsmaxime im Berufungsverfahren nicht unterstützen, führen als Argument ins Feld, dass ein Ausschluss der analogen Anwendung einer ökonomischen Prozesserledigung dient, die über dem Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung steht.<sup>18</sup> Die teleologische Auslegung zeigt aber, dass es Sinn und Zweck der Untersuchungsmaxime ist, den Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung zu stützen. Die schwächere Partei soll durch den Untersuchungsgrundsatz im Verfahren insofern geschützt werden, als das Gericht die

<sup>8</sup> SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 1264.

<sup>9</sup> Vgl. KILLIAS LAURENT, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150-351 – 400-406 ZPO, Bern 2012, Art. 229 N 23; SEILER, Berufung N 1265 m.w.H.

<sup>10</sup> BGE 138 III 625 S. 626 E. 2.2 = Pra 102 (2013) Nr. 26; Vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 5A\_63/2012 vom 20. Juni 2010 E 2.2 zum Vorbringen von neuen Tatsachen bei Eheschutzmassnahmen; sowie das Urteil des Bundesgerichts 5A\_342/2013 vom 27. September 2013 E 4.1.2 zur Anwendung von Art. 317 ZPO in einem Verfahren das der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterliegt.

<sup>11</sup> SPÜHLER, Art. 317 N 8; TAPPY DENIS, in: Bohnet/Haldy/Jenadin/Schweizer/Tappy (Hrsg.), Code de procédure civile commenté (CPC), Basel 2011, Art. 229 N 31; STERCHI MARTIN, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150-351 – 400-406 ZPO, Bern 2012, Art. 317 N 8.

<sup>12</sup> Statt vieler REETZ/HILBER, Art. 317 N 14 f.; SEILER, Berufung, N 1262 ff.

<sup>13</sup> BGE 138 III 625 S. 626 E 2.2 = Pra 102 (2013) Nr. 26; Vgl. dazu auch den Kommentar von LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2011, in: ZBJV 3/2013, S. 233-287, S. 253.

<sup>14</sup> LEUENBERGER, S. 253.

<sup>15</sup> SEILER, Berufung N 1263.

<sup>16</sup> SEILER BENEDIKT, Zur Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren, in: SZZP 5/2012, S. 457-464, S. 460.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_402/2011 vom 5. Dezember 2011 E 4.1 f.

<sup>18</sup> SPÜHLER, Art. 317 N 8; Vgl. auch STAUBER DEMIAN, in: Kunz/Hoffmann/Stauber (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, Basel 2013, Art. 317 N 19 f. m.w.H.

Untersuchungstätigkeit übernimmt.<sup>19</sup> Geht es um den Zweck der Untersuchungsmaxime, so muss Art. 229 Abs. 3 ZPO auch im Berufungsverfahren gelten.<sup>20</sup> Das Bedürfnis einer ökonomischen Prozesserledigung wird durch den Grundgedanken des Schutzes der schwächeren Partei verdrängt.

Betrachtet man den Entstehungsprozess der ZPO muss präzisierend angemerkt werden, dass die Rechtskommission des Ständerates im Verlaufe der parlamentarischen Beratung einen Vorschlag unterbereitet hatte, der einen sinngemässen Verweis vom heutigen Art. 317 ZPO auf den heutigen Art. 229 ZPO beinhaltete.<sup>21</sup> Weil auf eine Norm verwiesen wurde, die ebenfalls einen Verweis enthielt, sollte diese Formulierung nur redaktionell geändert werden. Dazu wurde aber ausdrücklich festgehalten, „*dass sich inhaltlich mit der redaktionellen Bereinigung nichts ändere*“.<sup>22</sup> Aus der historischen Auslegung folgt, dass die Eventualmaxime auch im Rechtsmittelverfahren durch die Untersuchungsmaxime verdrängt wird. Das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln ist vor zweiter Instanz bei Geltung der Untersuchungsmaxime demnach bis zur Urteilsberatung unbeschränkt möglich.<sup>23</sup>

#### 4. Würdigung

In Verfahren, die von der Untersuchungsmaxime beherrscht sind, wird die Eventualmaxime regelmässig zurückgedrängt. Das gilt insbesondere für den Bereich der besonderen eherechtlichen Verfahren nach Art. 271 f. ZPO und für die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 296 ZPO, bei welchen der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt. Betrachtet man die Wichtigkeit des Verfahrensgegenstandes, so ist der Sinn dieser Regelung in erster Linie die materielle Wahrheitsfindung. Im erstinstanzlichen Verfahren hat der Gesetzgeber mit Art. 229 Abs. 3 ZPO eine explizite Regelung vorgesehen, diese Verfahren unter das Regime des Untersuchungsgrundsatzes zu stellen und somit neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt bis zur Urteilsberatung zuzulassen. Nach der Rechtsprechung von BGE 138 III 625 sind neue Tatsachen und Beweismittel vor zweiter Instanz

generell nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. In einem früheren Entscheid<sup>24</sup> hat das Bundesgericht das Prinzip, dass solche Verfahrensgrundsätze auch vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz gelten, geschützt. Weshalb nun von diesem Prinzip abgewichen wird, bleibt unklar. LEUENBERGER weist aber darauf hin, dass das Bundesgericht in BGE 138 III 625 seinen Entscheid noch auf eine alternative (und nicht publizierte)<sup>25</sup> Begründung stützte. Dieser Umstand „*ist möglicherweise ein Zeichen dafür, dass das Bundesgericht sich der ersten Begründung doch nicht ganz sicher war*“.<sup>26</sup>

Die Bestimmungen für das ordentliche Verfahren gelten auch für alle anderen Verfahrensarten, weshalb aus systematischer Sicht einer analogen Anwendung zugestimmt werden muss. Auch ist Sinn und Zweck des Untersuchungsgrundsatzes der Schutz der schwächeren Partei und die materielle Wahrheitsfindung. Der Ruf nach möglichst ökonomischer Prozesserledigung wird durch den Grundgedanken des Untersuchungsgrundsatzes verdrängt. Nach der hier vertretenen Meinung ist aus genannten Gründen davon auszugehen, dass im Fehlen eines Verweises, entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, kein qualifiziertes Schweigen vorliegt und in Verfahren, die unter der Untersuchungsmaxime stehen, das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln vor zweiter Instanz folglich bis zur Urteilsberatung unbeschränkt möglich ist. Dies bedeutet, dass die Frage, ob Art. 229 Abs. 3 ZPO für das Berufungsverfahren analog angewendet werden kann, bejaht werden muss.

Gleiches gilt vorliegend auch für die Klageänderung nach Art. 317 Abs. 2 ZPO. Weil diese im Berufungsverfahren auf neuen Tatsachen und Beweismitteln nach Art. 317 Abs. 1 ZPO beruht, bzw. die Klageänderung oft mit der Einführung neuer Tatsachen und Beweismittel einhergeht, muss eine Klageänderung ebenfalls bis zur Urteilsberatung möglich sein.

<sup>24</sup> BGE 137 III 617 S. 620, E 4.5.2.

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_228/2012 vom 28. August 2012 E 2.3.

<sup>26</sup> LEUENBERGER, S. 255.

<sup>19</sup> SEILER, SZPP S. 461.

<sup>20</sup> SEILER, SZPP S. 461.

<sup>21</sup> KLINGLER, N 603 f.; SEILER SZPP S. 463.

<sup>22</sup> KLINGLER, N 605.

<sup>23</sup> KLINGLER, N 605; SEILER, Berufung N 1263 m.w.H. zu den Lehrmeinungen in Fn. 4119.



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse et international de la construction

# SCHWEIZERISCHE BAURECHTSTAGUNG

# JOURNÉES SUISSES DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

## **VIELEN DANK**

...an alle freiwilligen Helfer, die uns während der Schweizerischen Baurechtstagung so tatkräftig unterstützt haben.

## **DIE TAGUNG**

Die Schweizerische Baurechtstagung ist bewährt und relevant, und dies seit 1975, als sie zum ersten Mal durchgeführt wurde. Auch dieses Jahr kamen wieder fast 2000 Fachleute aus Recht, Wirtschaft, Verwaltung und Baupraxis an die Universität Freiburg, um sich mit brennenden Fragen des privaten und des öffentlichen Baurechts auseinanderzusetzen.

## **UN GRAND MERCI**

...pour votre aide précieuse en tant que bénévoles lors des Journées suisses du droit de la construction.

## **LES JOURNÉES**

Les Journées suisses du droit de la construction ont lieu tous les deux ans depuis 1975. Cette année encore, presque 2000 professionnels actifs dans le domaine de la construction se sont rendus à Fribourg pour débattre des questions actuelles du droit privé, du droit public et du droit des marchés publics.

**INFORMATIONEN ZU  
TAGUNGEN UND KURSEN:**  
[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht)

**INFORMATIONS CONCERNANT  
CONFÉRENCES ET SÉMINAIRES :**  
[www.unifr.ch/droitconstruction](http://www.unifr.ch/droitconstruction)

**Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse et international de la construction**

Av. Beaugard 13, CH-1700 Freiburg Tel. 026 300 80 40 Fax 026 300 97 20

[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht) [baurecht@unifr.ch](mailto:baurecht@unifr.ch) [www.unifr.ch/droitconstruction](http://www.unifr.ch/droitconstruction) [droitconstruction@unifr.ch](mailto:droitconstruction@unifr.ch)

# L'obligation de mettre en place un plan social

Julien Francey (étudiant en Master, Université de Fribourg)

The author analyses the new Swiss statutory rules on the employer's duty to establish a severance scheme in collective redundancy situations. He explains the conditions for the adoption of such a scheme and mentions potential implementation challenges.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Introduction

Le 1<sup>er</sup> janvier 2014, la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) est entrée en vigueur. Cette modification était accompagnée de l'introduction de nouveaux articles dans le CO et notamment des art. 335h à 335k CO qui résultent d'un compromis politique (1.). Ces articles, intégrés dans la procédure de licenciement collectif au sens de l'art. 335d CO, obligent désormais l'employeur à négocier un plan social (2.) lorsque certaines conditions sont remplies (3.). Celui-ci est cependant dispensé de cette obligation dans deux situations (4.). Si, dans le cadre des négociations, les travailleurs et l'employeur ne s'accordent pas sur le contenu du plan social, un tribunal arbitral doit alors être saisi pour en établir un (5.).

## 1. La genèse de l'art. 335h ss CO

L'obligation juridique de mettre en place un plan social était, jusqu'à présent, inexistante en droit privé du travail<sup>1</sup>. La seule norme du CO avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014, en lien avec un plan social, était l'art. 335f CO qui permettait aux employés de proposer un plan social lors d'un licenciement collectif<sup>2</sup>. En revanche, le droit fédéral de la fonction publique imposait déjà l'adoption d'un plan social en cas de licenciement d'un nombre important de travailleurs (art. 31 al. 4 LPers<sup>3</sup>).

<sup>1</sup> FISCHER Alexander/TROST Andrea, Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, Anpassung im Bereich von Betriebsübernahmen sowie Einführung einer Sozialplanpflicht, Jusletter 19 mai 2014, n° 12; SCHWAAB Jean Christophe, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h–k CO), DTA 2013, p. 282.

<sup>2</sup> Cet article s'applique encore aujourd'hui lorsque les conditions d'adoption d'un plan social ne sont pas réunies.

<sup>3</sup> RS 172.220.1.

Lors de la révision de la LP, le Conseil fédéral a constaté que l'art. 333 CO entrave la reprise d'une entreprise en faillite car l'ensemble des rapports de travail sont transférés au reprenant *ex lege* sans possibilité de s'y opposer<sup>4</sup>. Or, il se peut que celui-ci ne veuille pas ou ne puisse pas financièrement reprendre tous les employés, ce qui aurait pour conséquence que le transfert de l'entreprise échoue. C'est pourquoi le Parlement a adopté l'art. 333b CO qui exclut le transfert automatique des rapports de travail en cas de reprise d'une entreprise dans une procédure d'insolvabilité. Pour contrebalancer cette diminution de protection des travailleurs, le Conseil fédéral a décidé de rendre obligatoire l'adoption d'un plan social en cas de licenciements collectifs<sup>5</sup>.

## 2. Le plan social

L'art. 335h al. 1 CO définit désormais le plan social comme « une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences ».

Les nouveaux articles du CO ne prévoient pas de mesures obligatoires ni de contenu minimal pour le plan social<sup>6</sup>. Sont ainsi envisageables toutes les mesures qui permettent d'éviter un licenciement collectif ou d'en limiter les conséquences : un plan de retraite anticipée, le paiement de rentes-pont, le paiement d'indemnités diverses, une augmentation des horaires de travail sans contrepartie salariale, une diminution des horaires de travail pour empêcher un licenciement, un raccourcissement ou un prolongement du délai de résiliation, une priorité de réengagement dans les autres sociétés du même groupe, une aide à la reconversion professionnelle (outplacement, paiement de cours de formation, mise en place de différents cours tels que cours de langue ou d'informatique), une compensation du salaire en cas de mutation à un poste moins élevé ou encore une contribution aux frais de déplacement en raison d'un

<sup>4</sup> FF 2010 5911.

<sup>5</sup> FF 2010 5881.

<sup>6</sup> FF 2010 5912.

lieu de travail plus éloigné<sup>7</sup>.

Ces mesures peuvent intervenir à différents moments. L'employeur peut ainsi les mettre en place entre l'annonce du licenciement et la fin des rapports de travail (souplesse dans le délai de résiliation, participation aux frais de reconversion). D'autres peuvent être prises après la cessation des rapports de travail (indemnité en espèces, retraite anticipée)<sup>8</sup>. Certaines mesures peuvent même intervenir avant la décision officielle des résiliations des contrats de travail puisque le plan social vise également à empêcher des licenciements ou à en réduire le nombre (prolongement ou raccourcissement des horaires de travail en vue d'éviter des licenciements).

### 3. Les conditions d'adoption d'un plan social

L'obligation de mettre sur pied un plan social ne s'applique qu'aux seuls employeurs pour lesquels au moins 250 employés travaillent habituellement (art. 335i al. 1 lit. a CO). Si parmi ces travailleurs, 30 sont licenciés dans un délai de 30 jours (art. 335i al. 1 lit. b CO), l'employeur doit alors négocier un plan social avec les travailleurs.

#### 3.1. L'art. 335i al. 1 lit. a CO

La négociation obligatoire d'un plan social ne concerne que les employeurs avec au moins 250 employés. Les PME sont ainsi volontairement exclues du champ d'application du plan social pour ne pas les surcharger<sup>9</sup>.

La notion d'*employeur* devrait se rapporter à celle d'établissement déjà retenue par l'art. 335d CO et non à celle d'*entreprise*, terme plus large qui s'entend comme un ensemble juridique<sup>10</sup>. A notre avis, il faut ainsi analyser si 250 employés travaillent dans « une structure organisée, dotée en personnel, en moyens matériels et immatériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail »<sup>11</sup>. Il peut, par exemple, s'agir

d'une unité de production ou de vente<sup>12</sup>. La question demeure cependant encore en suspens et devrait être tranchée par les tribunaux car elle n'est pas sans impact en pratique : de nombreux établissements répartis en Suisse ne comptent pas 250 employés alors que l'entreprise, dans sa totalité, emploie plus de 250 travailleurs.

Au sujet du nombre de travailleurs habituellement employés dans l'établissement, la doctrine dominante se réfère au nombre d'emplois moyen durant la dernière année afin de tenir compte de possibles fluctuations temporaires<sup>13</sup>. C'est le nombre de travailleurs effectifs qui est pris en compte et non l'équivalent à plein temps<sup>14</sup>.

#### 3.2. L'art. 335i al. 1 lit. b CO

Selon cet article, le licenciement d'au moins 30 travailleurs doit s'effectuer dans un délai de 30 jours. Pour concrétiser l'interdiction de l'abus de droit, l'art. 335i al. 2 CO prévoit que si les licenciements sont répartis sur une période plus grande mais motivés par les mêmes raisons, ils sont additionnés. A ce titre, il faut examiner la raison économique qui sous-tend le licenciement<sup>15</sup>. Si l'employeur décide de délocaliser pour améliorer ses marges et procède en plusieurs étapes, tous les licenciements doivent être additionnés puisqu'ils découlent de la même motivation économique<sup>16</sup>.

La résiliation doit avoir lieu du fait de l'employeur (*il entend licencier*). On appliquera par analogie la doctrine relative à l'art. 335d CO pour déterminer quand un employé est licencié<sup>17</sup>. Par conséquent, lorsque la résiliation provient du travailleur, ce congé ne doit pas être comptabilisé<sup>18</sup>. De même, la résiliation des rapports de travail intervenue d'un commun accord n'est pas prise en compte sauf si l'employeur incite l'employé à l'accepter dans le but d'échapper à

<sup>7</sup> Voir : FF 2010 5912; FISCHER/TROST, n° 14 (n. 1); STREIFF Ullin/VON KAENEL Adrian/RUDOLPH Roger, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, art. 335f n° 13; WYLER René/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2014, p. 557.

<sup>8</sup> FF 2010 5912.

<sup>9</sup> SOMMARUGA, in : BO/CE 2012 p. 358.

<sup>10</sup> Du même avis : FISCHER/TROST, n° 14 (n. 1); SCHWAAB, p. 286 (n. 1).

<sup>11</sup> ATF 137 III 27 consid. 3.2.

<sup>12</sup> CARRUZZO Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich/Bâle 2009, art. 333d et 335e n° 3.

<sup>13</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 7 (n. 7); WYLER/HEINZER, p. 542 (n. 7). Voir toutefois PORTMANN Wolfgang, art. 319 – 362 OR, in : Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (édit.), *Obligationenrecht I – Art. 1–529 OR, Basler Kommentar*, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011, art. 335d n° 9 qui préconise une durée de 6 mois.

<sup>14</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 7 (n. 7); WYLER/HEINZER, p. 542 (n. 7).

<sup>15</sup> FF 2010 5913; WYLER/HEINZER, p. 559 (n. 7).

<sup>16</sup> WYLER/HEINZER, p. 559 (n. 7).

<sup>17</sup> SCHWAAB, p. 286 (n. 1); WYLER/HEINZER, p. 559 (n. 7).

<sup>18</sup> PORTMANN, art. 335d n° 4 (n. 13); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 5 (n. 7).



l'application de l'art. 335i CO<sup>19</sup>. La fin d'un contrat de durée déterminée, qui tomberait durant la période de 30 jours, n'est pas pertinente dans ce calcul puisqu'il ne s'agit pas d'une résiliation de l'employeur<sup>20</sup>.

Le but du plan social est de parer les conséquences d'un licenciement collectif motivé par des raisons économiques<sup>21</sup>. C'est pourquoi l'art. 335i al. 1 lit. b CO prévoit que si les motifs de licenciement sont inhérents à l'employé, la résiliation des rapports de travail n'est pas prise en compte dans le seuil des 30 employés licenciés. L'aptitude du travailleur ou son attitude au travail sont, par exemple, considérés comme des motifs inhérents à l'employé<sup>22</sup>. A plus forte raison, si le travailleur est licencié immédiatement selon l'art. 337 CO, il ne rentre pas dans le calcul puisque la résiliation est motivée par un motif inhérent à sa personne et non à cause d'un motif économique<sup>23</sup>.

#### 4. Les exceptions à l'obligation d'adopter un plan social

Si les conditions de l'art. 335i CO sont remplies, l'employeur doit négocier un plan social avec les travailleurs. Il existe toutefois deux situations dans lesquelles il en est dispensé. Ces deux cas de figure tendent à protéger l'employeur qui serait déjà dans une situation financière précaire en lui épargnant des dépenses supplémentaires.

Tel est le cas lorsque l'adoption d'un plan social mettrait en danger la poursuite des activités de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO). L'employeur ne doit donc pas renoncer à une restructuration parce que l'adoption d'un plan social l'en empêcherait financièrement<sup>24</sup>. Cet article limite le contenu du plan social vers le haut et fait appel au pouvoir d'appréciation des parties et, en cas de litige, du tribunal arbitral afin de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce.

De même, lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure concordataire qui se conclut par l'adoption d'un concordat, l'adoption d'un plan social n'est pas obligatoire (art. 335k CO). La négociation d'un plan social ne devrait,

par conséquent, s'appliquer qu'aux entreprises « saines »<sup>25</sup>.

#### 5. Le plan social établi par sentence arbitrale

Si l'employeur est soumis à l'obligation légale de négocier un plan social mais que les négociations avec les travailleurs échouent, un tribunal arbitral doit être saisi afin d'arrêter un plan social obligatoire (art. 335j CO). Tel est aussi le cas si l'employeur ou une autre partie refuse de négocier<sup>26</sup>. Aussi bien l'employeur que les personnes désignées à l'art. 335i al. 3 CO peuvent saisir un tribunal arbitral<sup>27</sup>. Le choix du tribunal arbitral est laissé à la libre appréciation des parties<sup>28</sup>. Bien que la loi ne contienne pas de précision concernant la procédure applicable, le Message renvoie explicitement à l'art. 353 ss CPC (arbitrage interne)<sup>29</sup>.

#### 6. Conclusions

Avec l'art. 335h CO, l'obligation de mettre en place un plan social fait son apparition dans le CO. Selon les statistiques, seules 0.2% des entreprises suisses emploient plus de 250 travailleurs et sont donc concernées par ce devoir. En revanche, 30% de tous les employés travaillent pour ces entreprises et sont donc protégés par un plan social en cas de licenciement collectif<sup>30</sup>. Ces statistiques se réfèrent cependant à la notion d'entreprise et non à celle d'établissement contrairement à ce qui a été retenu dans la présente contribution. Il faut désormais attendre afin de savoir quelle définition du terme *employeur* sera retenue par les tribunaux.

L'art. 335h ss CO énumère les conditions de l'adoption du plan social mais reste muet concernant son contenu. En théorie, il suffirait d'adopter une unique mesure pour parler de plan social puisque la loi n'impose pas de contenu minimum. Dans une telle situation, les travailleurs n'accepteront certainement pas ce plan social. Il faudrait alors saisir un tribunal arbitral qui arrêtera un plan social contraignant. Une telle procédure engendre une certaine insécurité juridique

<sup>19</sup> Dans ce sens : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 5 (n. 7); WYLER/HEINZER, p. 545 (n. 7).

<sup>20</sup> PORTMANN, art. 335d n° 3 (n. 13); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 5 (n. 7).

<sup>21</sup> FF 2010 5911.

<sup>22</sup> CARRUZZO, art. 333d et 335e n° 4 (n. 12); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 6 (n. 7).

<sup>23</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 335d n° 5 (n. 7).

<sup>24</sup> FF 2010 5912; SCHWAAB, p. 286 (n. 1).

<sup>25</sup> Voir FISCHER/TROST, n° 18 (n. 1) qui parlent de « „gesunde“ Unternehmen ».

<sup>26</sup> SCHWAAB, p. 290 (n. 1); WYLER/HEINZER, p. 562 (n. 7).

<sup>27</sup> WYLER/HEINZER, p. 562 (n. 7).

<sup>28</sup> IDEM.

<sup>29</sup> FF 2010 5914.

<sup>30</sup> Statistiques (encore provisoires) de l'OFS sur les entreprises marchandes et emplois selon la taille des entreprises de 2012.

pour les parties puisqu'il n'existe pas de limite vers le bas et la limite vers le haut, concrétisée à l'art. 335h al. 2 CO, s'avère difficile à circonscrire. Les parties seront donc avisées de trouver un accord avant de s'en référer à un tribunal arbitral.

# Anspruch auf Achtung des Familienlebens im Rahmen des Familiennachzugs

Kimberly Amrein (Bachelor-Studentin, Universität Fribourg)

The author examines the Swiss approach to family reunification in the context of strict immigration rules and the right to respect for family life. She finds that the necessary balancing of private and public interests may come at a cost for the certainty of the law.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## 1. Einleitung

Der Familiennachzug ist einer der wichtigsten Zulassungsgründe für den Aufenthalt in der Schweiz und deshalb Gegenstand von zahlreichen Diskussionen.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund kollidieren die Ziele einer restriktiven Zulassungspolitik und des Schutzes der familiären Beziehungen, zwischen welchen es einen Ausgleich zu finden gilt.<sup>2</sup> Der nachfolgende Text untersucht, wie das schweizerische Recht mit dieser Situation umgeht. Der Fokus wird dabei auf die Umstände gelegt, unter welchen Ausländer den Familiennachzug aufgrund der Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verlangen können. Dazu wird in einem ersten Schritt der Anspruch auf Achtung des Familienlebens durch den Begriff des Familienlebens und dessen Schutzbereich geschildert, um dann in einem zweiten Schritt den Anspruch im Rahmen des Familiennachzugs darzustellen.

## 2. Anspruch auf Achtung des Familienlebens

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens ist als Teilgehalt des Schutzes der Privatsphäre in Art. 13

Abs. 1 BV festgehalten.<sup>3</sup> Sein konventionsrechtliches Pendant findet sich in Art. 8 Ziff. 1 EMRK.<sup>4</sup> Neben dem ähnlichen Wortlaut sorgt die Anlehnung der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 13 BV i.V.m. Art. 36 BV an jene zu Art. 8 Ziff. 2 EMRK bzw. zur Einschränkung des Schutzes der Privatsphäre und letztendlich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens für eine verstärkte inhaltliche Übereinstimmung von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK.<sup>5</sup>

### 2.1. Begriff des Familienlebens

Wegen des stetigen Wandels der Gesellschaft und deren Kultur findet sich keine eindeutige Definition des Begriffes des Familienlebens.<sup>6</sup> Dennoch sind gewisse Ansätze erkennbar:

So schützt der Anspruch auf Achtung des Familienlebens nur bestehende Familien und berechtigt nicht zur Gründung einer Familie.<sup>7</sup> Des Weiteren fallen unter den Begriff der Familie laut Bundesgericht (BGer) die Kernfamilie, d.h. das Ehepaar und seine minderjährigen Kinder, aber

<sup>3</sup> CAMPISI, S. 172; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 170.

<sup>4</sup> BREITENMOSER STEPHAN, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008, Art. 13 Abs. 1 BV N 2; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3. Auflage, Bern 2013, N 383.

<sup>5</sup> BERTSCHI MARTIN/GÄCHTER THOMAS, Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens, Bemerkungen zur Schutzwirkung von Art. 8 EMRK in verschiedenen ausländerrechtlichen Konstellationen, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 104/2003, S. 225-271, S. 234f.; BREITENMOSER, Art. 13 Abs. 1 BV N 25.

<sup>6</sup> NGUYEN MINH SON, Migrations et relations familiales: de la norme à la jurisprudence et vice versa, in: Amarelle Cesla/Christen Nathalie/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Migrations et regroupement familial, Bern 2012, S. 110-281, S. 129; UEBERSAX PETER/REFAIL NORA/BREITENMOSER STEPHAN, Die Familienvereinigung im schweizerischen Flüchtlingsrecht, in: UNHCR/SFH (Hrsg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht, Eine Vergleichsstudie, Bern 2009, S. 471-538, S. 492; GRANT PHILIP, La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers, Diss. Genf, Basel/Genf/München 2000, S. 266; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Volume II, N 392; BREITENMOSER, Art. 13 Abs. 1 BV N 24.

<sup>7</sup> MEYER-LADEWIG JENS, Handkommentar, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, Art. 8 EMRK N 48.

<sup>1</sup> CAMPISI LAURA, Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht, Zwischen rechtlichen Vorgaben und innenpolitischen Realitäten, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2014, S. 171; CARONI MARTINA, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 1.

<sup>2</sup> CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 3; CAMPISI, S. 171.

auch die genügend nahen, echten und tatsächlich gelebten Beziehungen zwischen nahen Verwandten.<sup>8</sup> Festhalten lässt sich hierbei, dass bei grösserem Kreis der familiären Beziehungen auch die Anforderungen an ihre Effektivität steigen.<sup>9</sup> Zu berücksichtigende Kriterien sind dann je nach Einzelfall die Blutsverwandtschaft, das Zusammenleben, die gegenseitige Fürsorgepflicht, finanzielle oder psychische Abhängigkeit oder auch die Intensität der Kontakte.<sup>10</sup>

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist einen Schritt weitergegangen als das BGer, indem er den Familienbegriff von Art. 8 EMRK auch auf gleichgeschlechtliche Paare anwendet, während letztere nach schweizerischem Recht noch kein Familienleben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV darstellen.<sup>11</sup>

## 2.2. Schutzbereich

### 2.2.1. Sachlicher Schutzbereich

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens garantiert dem Einzelnen das Zusammenleben in der Familie, schützt aber auch vor einem staatlichen Zwang zum Zusammenleben in einer Familie.<sup>12</sup> Er umfasst eine positive und eine negative Dimension, was nun, ganz dem Thema entsprechend, mit einem Beispiel aus dem Migrationskontext verdeutlicht werden soll.<sup>13</sup>

In seiner negativen Dimension schützt der Anspruch die familiären Beziehungen vor staatlichen Eingriffshandlungen.<sup>14</sup> In diesem Sinne kann der Staat daran gehindert werden, eine Person mit Anwesenheitsrecht auszuweisen.<sup>15</sup> In seiner positiven

Dimension verlangt der Anspruch vom Staat die Förderung des effektiven Familienlebens.<sup>16</sup> Dieser Aspekt wird in Kapitel 3 näher erläutert.

### 2.2.2. Persönlicher Schutzbereich

Der Grundrechtsträger von Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK variiert je nach Teilgehalt. Im Allgemeinen schützen Art. 13 BV und Art. 8 EMRK sowohl natürliche als auch juristische Personen.<sup>17</sup> Allerdings sind bestimmte Teilgehalte des Schutzes der Privatsphäre mit dem Menschsein verbunden und somit den natürlichen Personen vorbehalten.<sup>18</sup> Der Teilgehalt des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens ist ein solcher.<sup>19</sup> Eine Besonderheit dieses Anspruchs ist, dass der Familienbegriff über die Kernfamilie hinausgeht, sich jedoch im Rahmen des Familiennachzugs auf diese beschränkt.<sup>20</sup>

Im Sinne der Adressaten ist zum Schutz der Privatsphäre verpflichtet, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt.<sup>21</sup>

## 3. Anspruch auf Achtung des Familienlebens im Familiennachzug

Das Ausländerrecht gehört zum „domaine réservé“ der Staaten, d.h. zu jenem Bereich, den ein Staat dank seiner Souveränität frei und unabhängig von völkerrechtlichen Verpflichtungen regeln darf.<sup>22</sup> Demnach existiert kein internationales Grundrecht auf Aufenthalt und Art. 13 BV und Art. 8 EMRK beinhalten kein Recht auf Familiennachzug.<sup>23</sup> Die Entwicklung der internationalen Beziehungen und des Völkerrechts begrenzen jedoch diese Regelungsfreiheit im Migrationsrecht.<sup>24</sup> So haben Art. 8 EMRK und auf nationaler Ebene Art. 13 BV die Entwicklung der gegenwärtigen Familiennachzugsregelungen des

<sup>8</sup> CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 45; BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 77; BGE 135 I 143, S. 148 E. 3.1.

<sup>9</sup> MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 235; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 395.

<sup>10</sup> KIENER/KÄLIN, S. 170; BREITENMOSER, Art. 13 Abs. 1 BV N 24.

<sup>11</sup> HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 382a.

<sup>12</sup> BELSER/WALDMANN, S. 76f.; KIENER/KÄLIN, S. 169; MÜLLER/SCHEFER, S. 236.

<sup>13</sup> CARONI MARTINA/MEYER TOBIAS D./OTT LISA, Migrationsrecht, 2. Auflage, Bern 2011, N 147; AMARELLE CESLA, Aspects normatifs généraux et enjeux en matière de regroupement familial, in: Amarelle Cesla/Christen Nathalie/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Migrations et regroupement familial, Bern 2012, S. 11-70, S. 50.

<sup>14</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, VOLUME II, N 397.

<sup>15</sup> AMARELLE, S. 50.

<sup>16</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 407.

<sup>17</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 384.

<sup>18</sup> AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 384.

<sup>19</sup> BELSER/WALDMANN, S. 75.

<sup>20</sup> BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Volume I, Droits humains, Bern 2014, Art. 8 EMRK N 4; BGE 109 Ib 183, S. 186 E. 2a.

<sup>21</sup> BELSER/WALDMANN, S. 75.

<sup>22</sup> GRANT, S. 13 ; BERTSCHI/GÄCHTER, S. 233; CARONI/MEYER/OTT, N 126.

<sup>23</sup> BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 1; BREITENMOSER, Art. 13 Abs. 1 BV N 25; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 5; MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 64; UEBERSAX/REFAEL/BREITENMOSER, S. 513.

<sup>24</sup> GRANT, S. 15; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat, 3. Auflage, Bern 2013, N 422.

Ausländergesetz (AuG) beeinflusst, prägen deren Auslegung und Anwendung, und dienen bei der Lückenfüllung.<sup>25</sup>

Das BGer hat in Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK im Entscheid Reneja-Dittli<sup>26</sup> erstmals anerkannt, dass Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK unter gewissen Voraussetzungen ausländische Familienangehörige zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt und der Anspruch auf Achtung des Familienlebens kommt nun immer dann zur Anwendung, wenn das AuG keine entsprechenden Familiennachzugsregelungen enthält.<sup>27</sup> Der nächste Abschnitt fokussiert sich auf jene berechtigenden Voraussetzungen in Bezug auf den Familiennachzug.

### 3.1. Voraussetzungen

Wenn der Familienangehörige eine intakte, tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu einer in der Schweiz lebenden Person mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht hat und wenn das öffentliche Interesse an der Nichterteilung einer Bewilligung nicht das private Interesse an der Bewilligungserlangung überwiegt, dann bejaht das BGer grundsätzlich den Anspruch dieser Person auf Familiennachzug aufgrund des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens.<sup>28</sup> Im Folgenden werden die einzelnen Voraussetzungen umschrieben.

#### 3.1.1. Gefestigtes Anwesenheitsrecht

Die in der Schweiz lebende Person hat ein gefestigtes Anwesenheitsrecht bei Vorliegen der schweizerischen Staatsangehörigkeit, einer Niederlassungsbewilligung oder mindestens eines festen Rechtsanspruchs auf

Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.<sup>29</sup> Diese Voraussetzung des BGer wird in der Lehre stark kritisiert, da sie bereits bei der Eintretensprüfung eine Beschränkung des zur Beschwerde an das BGer zugelassenen Personenkreises zur Folge hat.<sup>30</sup> Der EGMR hat die Praxis des BGer in einem Urteil erwähnt, ohne abschliessend Stellung dazu zu nehmen.<sup>31</sup> Seinerseits erachtet der EGMR für die Berufung auf Art. 8 EMRK das Streben nach Familienleben als genügend.<sup>32</sup>

#### 3.1.2. Intakte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung

Damit der Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens eröffnet wird, muss ein Familienleben bestehen, das tatsächlich gelebt wird und eine gewisse Nähe aufzeigt.<sup>33</sup> Das Bestehen einer faktischen familiären Beziehung wird an Abhängigkeitselementen wie dem gemeinsamen Wohnen, der Art und Länge der Beziehung oder dem Interesse und der Bindung der Partner aneinander (z.B. durch gemeinsame Kinder) gemessen.<sup>34</sup> Letztendlich werden bei der Entscheidung, ob ein echtes Familienleben besteht, sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigt.<sup>35</sup>

#### 3.1.3. Umfassende Interessenabwägung

Sobald der Staat private und öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen hat, lässt der EGMR den staatlichen Gerichten einen grossen Ermessensspielraum.<sup>36</sup> Jene müssen jedoch eine Interessenabwägung vornehmen und einen gerechten Ausgleich zwischen den privaten Interessen an der Achtung der Rechte aus Art. 8 EMRK bzw. aus Art. 13 BV und den öffentlichen Interessen herstellen.<sup>37</sup> Dazu haben sie sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und sachgerecht

<sup>25</sup> CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 43; SPESCHA MARC/KERLAND ANTONIA/BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, S. 157.

<sup>26</sup> BGE 109 Ib 183.

<sup>27</sup> UEBERSAX PETER, Von Kreisen und Menschen - zum Migrationsrecht, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 149/2013, S. 557-618, S. 569; BELSER/WALDMANN, S. 77; CARONI/MEYER/OTT, N 148; SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, S. 157; UEBERSAX, S. 569; BERTSCHI/GÄCHTER, S. 226; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 60. Eine Unterscheidung zwischen Ausländern aus EU- oder EFTA-Staaten und jenen aus anderen Ländern gilt es noch zu machen, weil die Schweiz im Familiennachzug ein duales System hat: Der Familiennachzug von Angehörigen aus EU- oder EFTA-Staaten richtet sich nach dem Freizügigkeitsabkommen und jener von Angehörigen aus andern Ländern nach den Art. 42-45 AuG.

<sup>28</sup> KIENER/KÄLIN, S. 171; CARONI/MEYER/OTT, N 149; CAMPISI, S. 172; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 56, N 60; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Volume II, N 400; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 382.

<sup>29</sup> UEBERSAX/REFAIL/BREITENMOSE, S. 492; BERTSCHI/GÄCHTER, S. 243f.; BREITENMOSE, Art. 13 Abs. 1 BV N 26; BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 21; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 56; CAMPISI, S. 172; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 382.

<sup>30</sup> NGUYEN, S. 116f.; BERTSCHI/GÄCHTER, S. 244; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Volume II, N 403; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 58.

<sup>31</sup> BERTSCHI/GÄCHTER, S. 244; Urteil des EGMR 23218/94 (Gül/Schweiz) vom 19. Februar 1996, N 41.

<sup>32</sup> CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 58.

<sup>33</sup> KIENER/KÄLIN, S. 170; UEBERSAX/REFAIL/BREITENMOSE, S. 493.

<sup>34</sup> UEBERSAX/REFAIL/BREITENMOSE, S. 493f.; GRANT, S. 268.

<sup>35</sup> GRANT, S. 269.

<sup>36</sup> MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 119.

<sup>37</sup> BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 19; MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 120.

zu gewichten.<sup>38</sup> Ein paar der zu berücksichtigenden Interessen sind folgende: bestehende Bindungen zum Konventionsstaat, Hindernisse der Einwanderungskontrolle (z.B. frühere Verstösse gegen das Einreiserecht), Aufrechterhaltung der schweizerischen Rechtsordnung (z.B. bei Verstoß gegen das schweizerische Strafrecht), Migrationsregulierung, Fürsorgeabhängigkeit der Betroffenen.<sup>39</sup>

### 3.2. Einschränkungen

Selbst wenn sämtliche soeben genannten Voraussetzungen erfüllt sind, ist der Anspruch auf Achtung des Familienlebens im Ausländerrecht nicht absolut geschützt, sondern kann eingeschränkt werden.<sup>40</sup> Dies geschieht nach dem folgenden Schema: In einem ersten Schritt prüft das Gericht, ob der Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens betroffen ist; in einem zweiten Schritt, ob ein Eingriff in dieses Grundrecht besteht, um schliesslich in einem dritten Schritt festzustellen, ob der Anspruch korrekt eingeschränkt wurde oder eine Grundrechtsverletzung vorliegt.<sup>41</sup> Bei der letzten Etappe dieses Vorgehens prüft das Gericht, ob sich die in das Grundrecht eingreifende Massnahme nach den in Art. 36 BV oder vielmehr in Art. 8 Ziff. 2 EMRK genannten Kriterien rechtfertigen lässt.<sup>42</sup>

Art. 8 Ziff. 2 EMRK verlangt für den Eingriff in das Grundrecht erstens eine ausreichende gesetzliche Grundlage.<sup>43</sup> Zweitens muss der Eingriff notwendig sein, um die nationale oder öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung

von Straftaten, den Schutz der Gesundheit oder Moral oder den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zu gewährleisten.<sup>44</sup> Drittens muss der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.<sup>45</sup> In anderen Worten muss der Eingriff einem „dringenden sozialen Bedürfnis“ entsprechen, das betreffende Ziel zu erreichen und die angewandten Mittel müssen verhältnismässig sein.<sup>46</sup> Der Eingriff ist verhältnismässig, wenn der Staat eine Interessenabwägung durchgeführt und einen gerechten Ausgleich zwischen den betroffenen Interessen gefunden hat.<sup>47</sup>

## 4. Schlusswort

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Ausländer den Familiennachzug auf der Basis des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens verlangen können, wenn sie eine intakte, tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu einer in der Schweiz lebenden Person mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht haben, wenn das öffentliche Interesse an der Nichterteilung einer Bewilligung nicht das private Interesse an der Bewilligungserlangung überwiegt und wenn der Anspruch auf Achtung des Familienlebens nicht zu sehr eingeschränkt wird. Letztendlich zählt eine ausgewogene und möglichst umfassende Abwägung zwischen den öffentlichen und privaten Interessen, welche den Migrationsbehörden einen erheblichen Ermessensspielraum eröffnet. Das ist nach der hier vertretenen Meinung problematisch, weil darunter insbesondere die Voraussehbarkeit des Rechts leiden kann und im Migrationsrecht stets menschliche Schicksale auf dem Spiel stehen.<sup>48</sup>

<sup>38</sup> SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, S. 77.

<sup>39</sup> MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 71; KIENER/KÄLIN, S. 173; BGE 137 I 247, S. 249 E. 4.1.2.

<sup>40</sup> CARONI/MEYER/OTT, N 145; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 50.

<sup>41</sup> AMARELLE, S. 51.

<sup>42</sup> KIENER/KÄLIN, S. 172; CARONI, Vorbemerkungen zu Art. 42-52 AuG N 50; NGUYEN, S. 125; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, N 397; BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 9. Zumindest ist dies bei den negativen Verpflichtungen der Fall. Bei den positiven Verpflichtungen existiert kein Standardverfahren; deren Prüfung ist umstritten.

<sup>43</sup> MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 100f.

<sup>44</sup> Art. 8 Ziff. 2 EMRK; MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 108.

<sup>45</sup> Art. 8 Ziff. 2 EMRK; BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 10.

<sup>46</sup> BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 10; MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 109.

<sup>47</sup> MEYER-LADEWIG, Art. 8 EMRK N 120; BESSON/KLEBER, Art. 8 EMRK N 10.

<sup>48</sup> UEBERSAX, S. 615.

# Avantages et inconvénients d'un contrôle de constitutionnalité en Suisse

Flavien Morard (étudiant en Bachelor, Université de Fribourg)

The author analyses the advantages and disadvantages of a constitutionality check for laws and popular initiatives by a court. He argues that such a control should be possible with regard to the drafts of such texts, but finds that once a text has been accepted by the people, it should no longer be subject to review.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Introduction

Le contrôle de constitutionnalité sur les initiatives et lois fédérales s'inscrit dans des débats de plus en plus pressants sur le fonctionnement de notre démocratie directe et son rapport avec le droit international.

Dans cet article nous exposons les avantages (1.) et les inconvénients (2.) d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales en Suisse. En conclusion nous proposons une base de réflexion pour développer une solution à cette problématique (3.).

## 1. Les avantages

En plus d'être justifié par l'évolution de notre ordre juridique, un contrôle de la constitutionnalité des lois garantit la protection des droits fondamentaux et permet une mise en conformité du droit suisse avec le droit international.

### 1.1. L'adaptation d'une ancienne réglementation

L'article constitutionnel consacrant l'immunité des lois fédérales a été adopté en 1874 pour permettre à l'État fédéral de remplir les faibles compétences qui lui étaient attribuées. Depuis lors, les cantons ont cédé de nombreuses compétences en matière législative à la Confédération<sup>1</sup>. Un exemple important est l'adoption, en 1898, des art. 64 et 64bis aCst. attribuant à la Confédération la compétence de légiférer en matière

de droit civil et pénal<sup>2</sup>. Lors de ce transfert de compétences, la législation fédérale et par conséquent le nombre de lois protégées par l'immunité a pris de l'ampleur<sup>3</sup>.

L'immunité des lois fédérales est aujourd'hui ancrée à l'art. 190 Cst. Comme le relève le Conseil fédéral, cette disposition est asymétrique<sup>4</sup>. En effet, elle prévoit l'immunité des lois fédérales d'une part et celle du droit international d'autre part. Puisqu'elle n'établit pas de hiérarchie entre ces différentes sources de droit, cette double protection pose problème lorsque la loi fédérale s'oppose au droit international<sup>5</sup>. Comment déterminer le droit applicable lorsqu'une loi fédérale immunisée contre un contrôle de constitutionnalité viole une disposition de droit international qui l'est également? Le Tribunal fédéral avait établi le rapport entre les règles de droit interne et celles du droit international par les jurisprudences Schubert<sup>6</sup> et PKK<sup>7</sup>. Il convient néanmoins de souligner que la jurisprudence Schubert a été relativisée dans un arrêt daté d'octobre 2012<sup>8</sup>. Un contrôle de constitutionnalité permettrait de combler ce vide et d'assurer la conformité des lois fédérales au droit international, résolvant ainsi le problème posé par l'asymétrie de l'art. 190 Cst.

AUER évoque également un besoin croissant d'instaurer une instance de recours chargée de revoir les initiatives populaires afin de les mettre en conformité

<sup>2</sup> AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, vol. I : L'État, Berne 2000, p. 356.

<sup>3</sup> MAHON Pascal, art. 190 Cst, in : Aubert Jean-François / Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 1453 ss.

<sup>4</sup> Message, FF 1997 I 513-518.

<sup>5</sup> MAHON Pascal, art. 190 Cst, in : Aubert Jean-François / Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 1453 ss.

<sup>6</sup> ATF 122 II 485. La jurisprudence Schubert consacre la primauté du droit international, elle réserve toutefois l'hypothèse où le législateur s'est expressément accommodé d'un conflit avec le droit international.

<sup>7</sup> ATF 125 II 417, consid. 4d. La jurisprudence PKK complète celle de Schubert en renforçant la primauté du droit international lorsqu'il contribue à la protection des droits fondamentaux.

<sup>8</sup> ATF 139 I 16, consid. 5.1. La jurisprudence Schubert n'a pas été appliquée lors d'un conflit entre le droit suisse et des conventions relatives aux droits de l'homme.

<sup>1</sup> MAHON Pascal, art. 190 Cst, in : Aubert Jean-François / Mahon Pascal (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 1453 ss.

avec l'État de droit et les principes constitutionnels<sup>9</sup>. Ces recours peuvent être soit de nature politique soit de nature judiciaire. La Suisse applique aujourd'hui le premier type de recours, puisque le peuple joue le rôle de dernière instance en usant de son droit d'initiative populaire ou de référendum. Au contraire, les États-Unis, où un tribunal a la compétence de se prononcer en dernière instance<sup>10</sup>, pratiquent le recours de type judiciaire. À cet égard, l'arrêt *Marbury c. Madison* (1803) de la Cour Suprême des États-Unis affirme de manière fameuse, que s'il existe un droit, il doit également exister un recours<sup>11</sup>.

L'art. 190 Cst. n'a pas été révisé depuis son adoption et le besoin de réformes se fait sentir aujourd'hui sur le plan institutionnel. Cette tendance s'exprime entre autres dans les projets législatifs visant à lever l'immunité des lois fédérales en modifiant l'art. 190 Cst.<sup>12</sup>.

## 1.2. La mise en conformité avec le droit international

La conformité de l'ordre juridique suisse avec l'ordre juridique international est doublement menacée, d'une part à travers sa démocratie directe, d'autre part à travers son approche légicentriste.

La démocratie directe suisse permet aujourd'hui de déposer des initiatives populaires contraires à ses engagements internationaux sans recours possible. Lorsque de telles initiatives sont acceptées par le peuple et introduites dans notre Constitution, elles provoquent un conflit entre l'ordre juridique interne et le droit international<sup>13</sup>. Un exemple en ce sens est l'initiative sur l'interdiction de construire des minarets en Suisse en 2009, qui, selon le Conseil fédéral, porte atteinte à plusieurs droits de l'homme garantis par

<sup>9</sup> AUER Andreas, Direkte Demokratie und Rechtsstaat, in : Biaggini Giovanni / Müller Georg / Müller Jörg Paul / Uhlmann Felix (édit.), Demokratie. Regierungsreform. Verfassungsbildung, Basel 2009, p. 39.

<sup>10</sup> OSSIPPOV William, Les logiques du dernier mot et leur brouillage, réflexions sur l'avenir incertain du contrôle de constitutionnalité en Suisse, in : Good Andrea / Platipodis Bettina (édit.), Direkte Demokratie, Berne 2013, p. 200.

<sup>11</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 1 Cranch p. 163 (1803) ; traduit dans : ZOLLER Elisabeth, Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis, Paris 2000, p. 5 ss.

<sup>12</sup> Parmi ces projets figurent l'acceptation d'un avant-projet en ce sens en 2011 par le Conseil National (FF 2011 6715) et la réforme de justice entreprise en 2000 (FF 1997 I 652-653).

<sup>13</sup> OSSIPPOV William, Les logiques du dernier mot et leur brouillage, réflexions sur l'avenir incertain du contrôle de constitutionnalité en Suisse, in : Good Andrea / Platipodis Bettina (édit.), Direkte Demokratie, Berne 2013, p. 208 ss.

le droit international comme la liberté de religion et d'opinion consacrées par les art. 9 et 14 CEDH<sup>14</sup>. Outre l'initiative anti-minaret, GRODECKI évoque l'initiative pour l'internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables lancée en 1998 ou encore l'initiative pour le renvoi des criminels étrangers lancée en 2007<sup>15</sup>.

L'exercice, dans sa forme actuelle, du droit d'initiative populaire ainsi que l'immunité des lois fédérales garanties par l'art. 190 Cst. provoquent à l'évidence des contradictions dans l'ordre juridique suisse envers le droit international. Il s'agit là de souligner que l'art. 5 al. 4 Cst. consacre la primauté du droit international en Suisse<sup>16</sup>. Cette contradiction pourrait être levée par l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité.

## 1.3. Le cas particulier de la protection des droits fondamentaux

L'application de l'art. 190 Cst. peut mener à la violation des droits fondamentaux issus de traités internationaux mais aussi de notre Constitution. Comme évoqué plus haut, la législation en matière de droits fondamentaux est désormais du ressort de la Confédération. Leurs garanties sont affaiblies tant que les lois fédérales sont immunisées<sup>17</sup>. Une loi fédérale pourrait en théorie violer l'un de ces droits tout en obligeant le Tribunal fédéral à l'appliquer nonobstant sa non-conformité à la Constitution.

En plus de contenir une contradiction interne (*supra* 1.1.), l'art. 190 Cst. s'oppose aussi à l'art. 5 al. 4 Cst. en ce qui concerne en particulier la protection des droits fondamentaux. L'art. 5 al. 4 Cst. fait primer les traités internationaux sur l'ordre juridique suisse tandis que l'art. 190 Cst. immunise une loi fédérale qui les viole. La primauté devant être donnée au droit international selon l'art. 5 al. 4 Cst., l'art. 190 Cst. devient alors une chimère juridique<sup>18</sup>.

Les arguments pour la mise en œuvre d'un contrôle constitutionnel peuvent se regrouper au titre de la protection de l'État de droit et de ses caractéristiques

<sup>14</sup> Message du Conseil fédéral du 27 août 2008, FF 2008 6923, p. 6924.

<sup>15</sup> GRODECKI Stephan, Construction de minarets : une interdiction inapplicable, Plädoyer 1/2010, p. 56 ss.

<sup>16</sup> HANGARTNER Yvo, art. 5 Cst., in : Ehrenzeller Bernhard / Mastronardi Philippe / Schweizer Rainer J. / Vallender Klaus A. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich / Bâle / Genève 2008, p. 99 ss.

<sup>17</sup> ZÜND Andreas, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, PJA 2013, p. 1349 ss.

<sup>18</sup> Ibidem.



principales. Les principes de la hiérarchie des normes, de la primauté du droit international ou encore du respect des droits fondamentaux se verraient renforcés par un tel contrôle<sup>19</sup>.

## 2. Les inconvénients

En Suisse, le peuple est souverain et c'est précisément cet acquis démocratique qui est menacé par l'introduction d'un contrôle constitutionnel. Ce contrôle attribuerait aux juges fédéraux une nouvelle compétence qui pourrait mener à une politisation de la justice.

### 2.1. Le risque d'un « judge made law »

L'art. 190 Cst. actuellement en vigueur limite les compétences du juge à la constatation du caractère anticonstitutionnel d'une loi. Réduire la portée de cette disposition reviendrait indirectement à renforcer le statut du juge fédéral en élargissant ses compétences et à augmenter son influence politique sur les décisions rendues en matière de compatibilité avec la Constitution. Le juge acquiert d'avantage de pouvoir et ses décisions deviennent des enjeux politiques.

La politisation du droit s'exprime par l'influence de la politique sur celui-ci. Cette influence devient nocive précisément lorsqu'elle affecte les décisions des juges fédéraux<sup>20</sup>. Le « judge made law » est un terme désignant une loi créée par le juge pouvant entrer en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, SCHMITT parle de « gouvernement des juges »<sup>21</sup> en évoquant l'exemple de la Cour Suprême des États-Unis.

La justice américaine est devenue un pouvoir politique. Dans une autre tradition de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire peut aux États-Unis imposer son interprétation de la loi au pouvoir législatif et exécutif. Les juges de la Cour suprême n'hésitent pas à invalider les décisions du Président ou même celles prononcées par le Congrès. Les décisions du pouvoir judiciaire prévalent sur celles des autres branches et influencent l'ordre juridique de manière importante.

<sup>19</sup> MAHON Pascal, art. 190 Cst, in : Aubert Jean-François / Mahon Pascal (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich / Bâle / Genève 2003, p. 1453 ss.

<sup>20</sup> MEYER Tobias D., *Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, in : Hausheer Heinz (édit.), *Abhandlung zum schweizerischen Recht*, ASR, Berne 2011, p. 32 ss.

<sup>21</sup> SCHMITT Carl, *les 3 types de pensée juridique*, Paris 1995, p. 73.

En Suisse, le juge possède des compétences qui se limitent à une marge d'appréciation donnée par la loi et lui permettant uniquement de combler les lacunes du droit<sup>22</sup>. Élargir ses compétences en permettant au juge de déterminer si une loi est compatible ou non avec la Constitution reviendrait à lui faire endosser la cape du législateur et du politicien<sup>23</sup>.

### 2.2. Une possible perte d'acquis démocratiques

Actuellement, le peuple suisse est souverain et ses décisions sont irrévocables. L'introduction d'un contrôle de constitutionnalité ôterait cette compétence au peuple en la plaçant entre les mains d'un tribunal. La perte d'un acquis démocratique est alors au centre du débat. Les opposants à l'introduction d'un tel contrôle refusent de placer les juges au-dessus du peuple car cela reviendrait à dire que le souverain doit être protégé contre lui-même. La loi ne peut alors être abrogée que par une autre loi interdisant son application. Cette loi devrait être votée par le peuple ou son représentant législatif, le Parlement.

Un contrôle de constitutionnalité limiterait le pouvoir du peuple qui jouit actuellement d'une complète immunité politique et judiciaire.

## 3. Une solution ?

L'éventuelle introduction d'un contrôle constitutionnel en Suisse est controversée. Les uns s'y opposent sous prétexte de vouloir protéger l'édifice démocratique sur lequel repose la Suisse. Les autres sont prêts à limiter les compétences du peuple, afin d'éviter des dérives pouvant être causées par certaines initiatives populaires anticonstitutionnelles. Il s'agit aujourd'hui de déterminer si ces deux conceptions peuvent être conciliées, et, le cas échéant, de trouver une solution équilibrée. Au terme de cet article, il est possible d'entrevoir une solution intermédiaire.

La mise en place d'une juridiction constitutionnelle préventive, à l'image de l'exemple français du Conseil Constitutionnel, permettrait de soumettre au contrôle constitutionnel des projets de loi, avant qu'ils ne soient votés par le peuple. Ce garde-fou résoudrait les problèmes liés à l'adoption des nombreuses

<sup>22</sup> TOURNIER Clara, *L'intime conviction du juge*, Aix – Marseille 2003, p. 203.

<sup>23</sup> LE ROY Yves / SCHENENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, 3<sup>e</sup> éd., Genève / Zurich / Bâle 2011, p. 278.

initiatives ou de lois fédérales anticonstitutionnelles<sup>24</sup>. La réforme de justice de 2000 et l'avant-projet de 2011 portant sur l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité, prévoient tous deux un système *a posteriori* aboutissant à un résultat frustrant, celui de l'invalidation d'une loi après son adoption<sup>25</sup>. C'est précisément l'avantage qu'offre la juridiction constitutionnelle préventive. En effet, il est moins dommageable d'invalidier un texte au stade de projet plutôt que d'invalidier un texte de loi voté par le peuple comme le prévoit le système de contrôle proposé. La juridiction constitutionnelle préventive, pouvant

coexister avec un contrôle concret des normes, a le mérite de préserver le caractère légicentriste suisse et la démocratie directe. Bien que cette solution se range du côté constitutionnaliste, elle préserve la souveraineté populaire. Le peuple ne s'exprimerait alors qu'une fois et garderait le dernier mot<sup>26</sup>.

La solution proposée ici s'inscrit dans la tradition consensuelle propre à la politique suisse. La juridiction constitutionnelle préventive a le mérite d'éviter les dérives populistes tout en laissant au Souverain les instruments du pouvoir<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> OSSIPOW William, Les logiques du dernier mot et leur brouillage, réflexions sur l'avenir incertain du contrôle de constitutionnalité en Suisse, in : Good Andrea / Platipodis Bettina (édit.), Direkte Demokratie, Berne 2013, p. 208 ss.

<sup>25</sup> Art. 178 du projet de réforme de justice, FF 1997 I 652-653.

---

<sup>26</sup> OSSIPOW William, Les logiques du dernier mot et leur brouillage, réflexions sur l'avenir incertain du contrôle de constitutionnalité en Suisse, in : Good Andrea / Platipodis Bettina (édit.), Direkte Demokratie, Berne 2013, p. 208 ss.

<sup>27</sup> Ibidem.

# Can International Commercial Arbitration be Considered an Autonomous Legal Order?

Frédéric A. Ney (Master student, University of Fribourg)

The author examines the question of whether the rules governing international commercial arbitration can be considered to constitute a proper legal order. After analysing different scholarly opinions he argues that while the international commercial arbitration system works well, it cannot be called a legal order if it does not provide parties with a forum capable of dispensing justice itself.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Introduction

International commercial arbitration (*called hereafter ICA*) has lately gained in consideration and credibility among international business actors. Flowing along globalization trends that are backed by a Western legal influence, international commercial arbitration has reached the point where some scholars consider it to be an autonomous legal order. Literature on this empirical analysis is abundant. To illustrate this, I will present the views of some legal scholars in the fields of arbitration and transnational legal studies. Finally, I will conclude with my personal view.

## 1. The arguments in favor

### 1.1. The origin of the credibility of international commercial arbitration

In an article published in 2009<sup>1</sup>, Yves DEZALAY and Bryant GARTH seek to explain the origin of the credibility of transnational norms after having studied different fields of international law such as human rights, trade law, intellectual property, but in particular ICA. The authors argue that judicial and quasi-judicial modes of transnational regulation – originating in the developed countries – are legitimized and made credible through hierarchical, contested, and competitive processes which create

a “symbolic market” in which the actors seek to maintain demand for transnational norms. First, such norms are in competition with domestic laws. Second, considering arbitration, “both the producers of arbitration and their audiences (or more precisely their potential clients) are mainly lawyers (in house, corporate practitioners, judges or law professors) who share a common belief in the legitimacy of legal institutions”<sup>2</sup>. Therefore, the role of lawyers is prominent in most of these modes of regulation. Their place is socially constructed since they must “convince potential buyers of the value of the symbolic technology that they are marketing”<sup>3</sup>.

Describing the process of institutionalization of arbitration as a market-made development by lawyers, the authors show how two main elite groups have joined their efforts to create this new arena of dispute settlement: the “European grand professors and judges”, on one side, and the “U.S. business litigators”, on the other<sup>4</sup>. Nevertheless, tensions between national courts and professional bars and the arbitration community have thus far continued to exist. Therefore, the promoters of ICA sought to “co-opt local notables” in order to gain supporters who would now play on both fields of national litigation and international arbitration<sup>5</sup>. As a consequence, this would bring credibility to this “anational-private” justice. These new supporters formed the so-called “cosmopolitan club of arbitrators”, in the authors’ rather elitist words<sup>6</sup>. Finally, the authors conclude their analysis by deeming this process “imperialist”, from the developed countries to the developing countries. Newcomers in the club from the developing countries must sacrifice a “substantial part of their own capital in order to contribute to building the universal credibility of the field of international commercial arbitration”<sup>7</sup>. Expanding this new arbitral tradition to the developing countries is a long process. However, thanks to the efforts made by those who

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> IDEM, p. 117.

<sup>4</sup> IDEM, p. 119.

<sup>5</sup> IDEM, p. 120.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> IDEM, p. 121.

<sup>1</sup> DEZALAY Yves / GARTH Bryant, Marketing and selling transnational ‘judges’ and global ‘experts’ : building the credibility of (quasi) judicial regulation, in : Socio-Economic Review, Oxford 2009, p. 114.

gave legitimization to ICA, new arbitration hubs in developing countries have recently seen the light of day such as those in Singapore or Hong Kong.

DEZALAY and GARTH do not talk about an autonomous legal order, however their elitist view appears as sheer proselytism in favor of not only a “(quasi-)judicial order”, but rather a transcendent order which will eventually outweigh all existing forms of traditional justice based on State rules of private international law.

## 1.2. The growing impact of international commercial arbitration

Emmanuel GAILLARD argues that the legitimacy of the arbitrators is based on the fact that international arbitration has become the “normal means of settling international disputes”<sup>8</sup>. He elevates international arbitration to an autonomous level, arguing that “the connection with the place where arbitration is conducted [the seat] is too tenuous to constitute the exclusive foundation of international arbitration”<sup>9</sup>. This means that arbitrators have little connection with the national courts of the seat of the arbitration. Indeed, States can regulate arbitration proceedings that take place within their legal order, thus determining the minimum standards that must be respected in order to successfully conduct arbitration on their soil. Furthermore, reliance on national laws for enforcement is an essential point for granting effectiveness in arbitration proceedings. However, the 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the New York Convention) has rendered international award enforcements a universal rule. Frictions with national laws are no hurdles anymore.

According to GAILLARD, the idea of an arbitral legal order is widely accepted, both in arbitral case law and in national legal orders<sup>10</sup>.

**(1) Case law:** Many national courts have recognized this autonomous legal order. In 1990, the Paris Court of Appeal referred to the existence of a “truly international and universally applicable” public policy<sup>11</sup>. Furthermore, in 1994, the Swiss Federal

<sup>8</sup> GAILLARD Emmanuel, *Legal Theory of International Arbitration*, The Hague 2010, no 40.

<sup>9</sup> IDEM, no 41.

<sup>10</sup> IDEM, no 59.

<sup>11</sup> Paris Court of Appeal, 25 May 1990, *Fougerolle c. Procofrance*, Rev. crit., DIP, 1990, p. 753.

Court mentioned a “transnational or universal policy including fundamental principles of law which are to be complied with irrespective of the connections between a dispute and a given country”<sup>12</sup>.

**(2) National law:** Certain national laws have adopted particular rights that mark an important shift towards the autonomy of arbitral awards. For example, in 1985, Belgian lawmakers passed a statutory provision enabling the parties to waive their rights to set aside the award before national courts<sup>13</sup>.

GAILLARD seeks to show that national laws are “gradually abandoning the idea that the source of validity of arbitral awards necessarily lies in the legal order of the seat, conceived as a forum, or even in any national legal order”<sup>14</sup>.

## 2. The arguments against

### 2.1. International commercial arbitration is not law

“Dispute settlement, at heart, is anything but a dry, technical, mechanical field”. So ends the introduction of Thomas SCHULTZ’s book “*Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*”<sup>15</sup>. The author addresses the minimal conditions that transnational regimes must fulfill in order to legitimately and appropriately count as law. For SCHULTZ, “[it] carries weight to affix the label of law to a given regime”<sup>16</sup>. The author focuses on the concept of *legality*, which, according to him, does not determine what is justiciable and enforceable. Justiciability is a question of a norm belonging to a given normative system. He differentiates legitimacy of the rule of law and legitimacy of a whole legal system. In the latter, legitimacy derives from a fact other than that of mere obedience for fear of sanctions. Law must be a normatively meaningful system from the internal point of view, which means that something can be labeled “law” only if the regime from which it derives actually seeks “to direct people’s conduct”<sup>17</sup>. This

<sup>12</sup> Swiss Federal Supreme Court, 19 April 1994, BGE 120 II 155.

<sup>13</sup> See Art. 1717 para. 4 of the Belgian Judicial Code (dated March 27, 1985); cf. GAILLARD, no 66.

<sup>14</sup> GAILLARD, no 67.

<sup>15</sup> SCHULTZ Thomas, *Transnational Legality : Stateless Law and International Arbitration*, Oxford 2014, p. 6. Thomas SCHULTZ is a Professor at King’s College London where he teaches in private and public international law, dispute resolution, contract law, and legal philosophy at King’s College London.

<sup>16</sup> SCHULTZ, p. 8.

<sup>17</sup> IDEM, p. 41 and 42.

classical view reflects legal positivism at its pure stage. Moreover, SCHULTZ considers different legal systems as oil and water, meaning that each system opposes to legal intervention from outside<sup>18</sup>. Finally, I shall mention one last relevant point in SCHULTZ's theory as he considers law as the product of State legislation<sup>19</sup>. According to him, Law and State are indivisible. This leads to the question of democratic legitimacy behind a norm. In a democracy, a rule is labeled "law" as it went through a democratic legislative process before entering into force.

Based on the aforementioned views, SCHULTZ does not consider ICA as a legal regime. It is rather a system that derives from the many State laws and international treaties, all of which have made this alternative dispute resolution system possible.

## 2.2. The hegemonic conception of international commercial arbitration

The concept of transnational law mostly lies within the understanding of rules governing international business relations and the law of arbitration<sup>20</sup>. But in fact, as Philip JESSUP already expressed in the 1950s, transnational law encompasses more fields of law; it is at the interstices between domestic and international law<sup>21</sup>. Given the complexity of this transnational phenomenon, Franz WERRO is opposed to the idea of calling the whole of transnational rules law. He considers that we should rather focus on transnational issues<sup>22</sup>. He fears that calling something transnational law will make it a clear-bounded law to the eyes of business actors, which would bring uncertainty. Indeed, transnational law refers to international legal pluralism, which should rather call for comparison between different legal approaches instead of new abidance to autonomous transnational legal orders<sup>23</sup>. Such a fuzzy concept cannot in itself consist of law. WERRO's approach can be summed up around two main points: the hegemonic conception

of transnational law and the corporate power arising out of ICA rulings in particular.

**(1) A hegemonic conception:** Transnational law is a concept that seeks to parallel globalization trends in order to fill in the gaps where national and international relations lack norms. It does so backed by the incentive of Anglo-American international commercial actors who seek to expand their hegemonic position<sup>24</sup>.

**(2) Corporate power:** WERRO expresses worries about *corporate power*<sup>25</sup>. He rebuts the idea that ICA could be deemed "law" because it would favor the stronger party, i.e. the corporate power, which mostly consists of powerful Western business actors. As a matter of global governance, this would bring an imbalance between developed and developing nations.

## 3. Personal point of view

My view is an attempt of pragmatism. It appears undeniable that ICA has gained credibility and enforcement power throughout the world. This seemingly autonomous alternative dispute resolution system is flowing along with the Western-led trends of globalization, which reflect the many harmonization processes of private law that have been undertaken. This trend has now begun in the non-Western civilizations as well. Many major Asian hubs, such as Hong Kong or Singapore, have become new well-liked venues for arbitration. However, beyond its success, can we say that ICA is an autonomous legal order? The question is threefold.

**(1) Is it autonomous?** It mostly is, since it reflects private adjudication based on a tailored process designed by the parties. Nonetheless, ICA proceedings are not the fruit of only consensus. Indeed, although the parties can agree upon most of the settings of the arbitration process (procedural and substantive law), there are still national rules that the parties must observe. First, they have to elect the seat of arbitration, which will determine the minimal procedural prerequisites that will govern the whole arbitration process. Second, they may have to seek enforcement of the award before national courts. The latter is only relevant when a party seeks to challenge enforcement by proceeding before national courts. At this point, a national trial starts, thus leaving the independent legal frame that arbitration offered. In a

<sup>18</sup> IDEM, p. 43.

<sup>19</sup> IDEM, p. 44 et seq.

<sup>20</sup> WERRO Franz, Is There Such a Thing as Transnational Law ?, in: Keller Stefan / Wiprächtiger Stefan (edit.), *Recht zwischen Dogmatik und Theorie – Marc Amstutz, zum 50. Geburtstag, Dike / St Gall / Nomos / Baden-Baden 2012*, p. 311 et seq. See also, SORNARAJAH Muthucumaraswamy, *Why 'No' Transnational Legal Studies*, in: *Why Transnational Legal Education*, Center For Transnational Legal Studies, London 2009, p. 320.

<sup>21</sup> JESSUP Philip, *Transnational law*, in: Yale University Press, New Haven 1956, p. 2 et seq; WERRO, p. 321.

<sup>22</sup> WERRO, p. 323 and 324 et seq.

<sup>23</sup> IDEM, p. 324 and 328.

<sup>24</sup> IDEM, p. 322 et seq.

<sup>25</sup> Ibid.

very summarized way, arbitration is first bound to a national jurisdiction by the election of the seat, it then goes independent in its actual process, and it must finally rely again on national courts in order to reach enforcement of the award whenever needed. Even though the largest part of the proceedings lies in a very autonomous sphere (the second step), the whole process never fully frees itself from national laws. Even though it is possible to fully supplant domestic substantive laws by electing international tools such as the CISG<sup>26</sup>, it is not possible to completely supplant procedural national rules. If arbitration is a bird that has taken wing, it has not yet definitely broken away from its nest of domestic law.

**(2) *Is it legal?*** In a democracy, legality refers to legitimacy. We saw that authors like SCHULTZ rely on a democratic consideration based on classical legal positivism, whereas others define legality by putting an emphasis on the consequences of arbitral awards rather than their empirical existence. The debate is perhaps somehow unnecessary since no one contests the power of arbitral rulings. Legality should be addressed around the possibilities of enforcement of such awards, which, today, seem to be fairly satisfactory for international commercial actors. We can draw an analogy here. Like soft law is the product of non-state regulation, arbitral awards are the product of non-state tribunals. And lastly, arbitration exists because no state laws prohibit it: one could therefore argue that if it is not prohibited, it might be allowed. Applying this syllogism, why not consider arbitration as legal?

---

<sup>26</sup> The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

**(3) *Is it an order?*** The process of arbitration is itself organized in a judicial structure. Supported by institutions such as the International Chamber of Commerce, arbitration can be defined as a real judicial mechanism capable of generating binding rulings. But can it enforce them? Again, skeptical authors put forward democratic considerations that are missing in these legal schemes. They rely on the conservative classical positivist study of legality, thus remaining cautious when considering ICA as a legal regime. A too classical approach does not push much for progress. On the other side, authors in favor of a legal order successfully demonstrate the latest evolution of transnational interactions, which results in the hazy, although expressive, concept of “transnational law”. ICA is at the core of such developments. From DEZALAY and GARTH’s elitist hegemonic perception to GAILLARD’s idea of a higher nation-free forum of law, none has exhaustively solved this fundamental question: who enforces the award? Yes, the New York Convention gives arbitral awards universal recognition, but physical enforcement is yet to be granted by state courts, which are the only actors capable of triggering the necessary force to compel potential challengers to comply with the awards.

ICA is a system that works to its full extent. However, it should not be affixed the label of an autonomous legal order as long as it does not provide parties with a jurisdiction on its own beyond the existing nexus of public international law treaties, a truly *international forum* capable of dispensing justice per se.

Jetzt lieferbar

## Frust am Bücherregal?

Wir feiern die  
**50.**  
Auflage



**ZGB/OR ist seit über  
100 Jahren gut aufgelegt.**

**Der ständige Begleiter in Studium  
und Karriere von Gauch/Stöckli.**

Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die bloße Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände.



50. Auflage  
2268 Seiten, gebunden  
CHF 158.00  
978-3-7255-6976-2



50. Auflage  
1052 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6978-6



50. Auflage  
1366 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6977-9

## Die Macht des Schwächeren?

Kritische Gedanken zu sozial sensiblen Bereichen des Vertragsrechts, unter besonderer Berücksichtigung des Mietrechts und des Konsumentenschutzrechts

*Nicole Aellen (MLaw, Rechtsanwältin, Diplomassistentin am Lehrstuhl für Obligationenrecht, Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Thomas Probst, Universität Fribourg)*

Spätestens seit Anfang des 20. Jahrhunderts sind das Prinzip der Privatautonomie und – als Ausdruck davon – der obligationenrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit in der schweizerischen Zivilrechtsordnung fest verankert. Im Laufe der Zeit stellte sich jedoch heraus, dass die formelle Vertragsfreiheit und die materielle Vertragsgerechtigkeit nicht immer Hand in Hand gehen, so dass das freie Spiel der Marktkräfte gelegentlich als wenig segensreich erschien. Infolgedessen erliess der schweizerische Gesetzgeber in bestimmten Bereichen des Vertragsrechts zwingende Schutzbestimmungen, um wirtschaftliche Machtunterschiede, die zu ungleichen Verhandlungspositionen führen können, auszugleichen. Ziel des Gesetzgebers war und ist es meist heute noch, schwächere Marktteilnehmer mit dem Erlass zwingender Rechtsnormen vor Benachteiligung oder gar Ausbeutung zu schützen (zum Ganzen: EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss., Freiburg i.Ue. 2000, S. 5 ff., m.w.H.).

Zu diesen sog. sozial sensiblen Bereichen gehören u.a. das Mietrecht und das Konsumentenschutzrecht (vgl. THOMAS KOLLER, Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Rechtsordnung, S. 56 f.). Mit Blick auf die Eigentumsquote, die zwar tendenziell zunimmt, im Jahr 2012 jedoch immer noch bei – im internationalen Vergleich – tiefen 37.2 % lag (vgl. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.topic.1.html>; zuletzt besucht am 24.02.2015), gilt die Mehrheit der schweizerischen Bevölkerung also im Grunde als ökonomisch schwach. Wie es sich mit den Konsumenten verhält, scheint auf den ersten Blick augenfällig: Wir alle erliegen ab und zu den Versuchungen des Marktes, müssten also alle als besonders schutzbedürftig gelten. Anders als im Mietrecht ist die Figur des schutzbedürftigen Vertragskontrahenten im Konsumentenschutzrecht allerdings (noch) einigermaßen konturlos. So ist beispielsweise im Anwendungsbereich von Art. 8 UWG massgebend, was der durchschnittliche Konsument getan – oder eben nicht getan – hätte (vgl.

v.v. MARKUS VISCHER, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, AJP 2014, S. 970).

Weder im Mietrecht noch im Konsumentenschutzrecht gibt es freilich Normen, welche die erwähnten Schwächelagen explizit feststellen. Dies zu Recht, denn Gesetzesnormen spiegeln bekanntlich gesellschaftliche Verhältnisse wieder, ohne zu beschreiben, wie etwas ist. Vielmehr geben sie vor, wie etwas sein soll (vgl. v.v. REINHOLD ZIPPELIUS, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, 3. Aufl., Tübingen 2012, S. 1 f.). Demnach soll der Vermieter bzw. der gewerbliche Anbieter allfällige Schwächelagen seines Kontrahenten nicht – im Idealfall nie – ausnutzen. Kann diese gesetzgeberische Absicht schlecht sein?

Natürlich ist sie das nicht – im Gegenteil. Sofern und soweit Schutzbestimmungen indes implizit und ganz allgemein von einem Ungleichgewicht ausgehen, stellen sich die grundsätzlichen Fragen, (I.) ob eine Schwächeposition dadurch nicht viel eher zementiert wird, als dass sie beseitigt würde, was konsequenterweise zu noch mehr Schutzbestimmungen führen müsste, (II.) und ob diese Entwicklung – mit all ihren Folgen – von den Rechtsunterworfenen letztlich gewollt sein kann?

Während die zweite Frage aufgrund ihres überwiegend politischen Gehalts zumindest in meiner Dissertation unbeantwortet bleiben muss, bildet die erste Frage die zentrale Hypothese meiner Forschungsarbeit. In deren ersten Teil fasse ich die miet- und konsumentenschutzrechtlichen Grundlagen der schweizerischen Rechtsordnung zusammen, um diese mit den miet- und konsumentenschutzrechtlichen Grundlagen anderer Rechtskulturen zu vergleichen. Im zweiten Teil untersuche ich sodann empirisch, ob Schutzbestimmungen die gesellschaftliche Wahrnehmung derart verändern können, dass Stigmatisierungen und/oder Vorurteile entstehen, die zwangsläufig zu weiteren Schutznormen führen müssten. Je nach (statistischem) Ergebnis zeige ich im letzten Teil meiner Dissertation mögliche Lösungsansätze auf, die das vermutete Problem entschärfen könnten.



## L'exercice collectif des droits en Suisse

*Léonard Maradan (MLaw, Assistant diplômé à la Chaire de procédure civile et droit de l'exécution forcée du Prof. Michel Heinzmann, Université de Fribourg)*

Qu'il s'agisse de consommateurs ayant réservé un voyage forfaitaire auprès d'une agence de tourisme n'ayant pas ou que de façon imparfaite rempli ses promesses, d'épargnants ayant acquis des produits financiers défectueux auprès d'une banque ou encore de petites entreprises ayant été lésées par un comportement de concurrence déloyale. Toutes ces constellations ont pour point commun une multitude de personnes lésées dont le préjudice n'est, individuellement parlant, pas suffisamment élevé pour engager le risque financier d'une procédure judiciaire. Néanmoins, si ces personnes pouvaient mettre leurs ressources en commun, ils pourraient surpasser l'apathie rationnelle dont ils font preuve individuellement et éventuellement exercer auprès d'un tribunal leurs droits de manière collective. Notre thèse analyse si et dans quelle mesure l'exercice collectif judiciaire des droits est possible en droit suisse, en se limitant explicitement aux prétentions de nature pécuniaire.

S'inspirant du système autrichien, l'idée directrice de la mise en œuvre de l'exercice collectif des droits sur laquelle se fonde notre thèse est l'action dite représentative. Autrement dit, une seule personne agit, ouvre action et procède en tant que partie et pour le compte de tiers lésés, sans que ces derniers ne participent à la procédure même s'ils sont liés par son issue. Le représentant se fonde en premier lieu sur une cession de créance fiduciaire de la part des lésés, pour, dans un deuxième temps, procéder en justice par le biais du cumul objectif d'actions. Au cas où le représentant obtient gain de cause, il rétrocèdera, moyennant une certaine commission, le gain aux lésés.

Si les conditions et le cadre procédural ne posent, en soi, pas de problèmes infranchissables, l'exercice

collectif des droits rencontre des difficultés pratiques lorsque la valeur litigieuse est peu élevée, en raison du fait que les préjudices pris individuellement ne sont que de faible envergure ou encore que le nombre de lésés est faible. Dans ces cas là, les coûts d'administration (rassemblement et gestion des lésés) et l'obligation d'avancer les frais d'avocats et de justice dépassent souvent l'enjeu financier. Savoir si, dans ces cas précis, l'assistance judiciaire gratuite peut entrer en ligne de compte est un aspect méritant d'être discuté. Toutefois, lorsque la valeur litigieuse atteint des montants plus importants, soit plusieurs dizaines de milliers de francs, le financement du procès par une personne tierce devient une option envisageable.

Une autre problématique étudiée concerne un aspect en amont de la procédure collective. Il s'agit là du fait que les lésés d'un préjudice collectif demeurent souvent inconnus d'un représentant souhaitant exercer ses droits de façon collective. S'il est bien entendu possible de rechercher des lésés de façon informelle par les moyens de communication de masse (médias, internet, etc.), ces moyens sont inefficaces dès le moment où les données concernant les lésés et le préjudice collectif sont détenus par l'auteur du dommage. Afin de tenter de remédier à ce problème, nous étudions la possibilité offerte par l'instrument procédural de la preuve à futur.

La mondialisation de l'économie affecte un nombre toujours plus élevé d'acteurs économiques et nécessite dès lors des mécanismes juridiques adéquats, capables de pallier aux préjudices affectant tout un collectif. Notre thèse souhaite offrir des mécanismes de droit privé général n'étant pas limités à certains domaines du droit particuliers et également aptes à répondre aux évolutions futures.



# Challenge accepted.

## JOIN THE QUID? TEAM AND BE PART OF SWITZERLAND'S FIRST STUDENT LAW REVIEW

We are always looking for motivated Bachelor and Master students (German/French) to participate in the QUID? FRIBOURG LAW REVIEW team.

---

Are you familiar with InDesign?

Good with social media?

or

Are you just really excited to make QUID? an even bigger success?

---

***Apply now***

**SEND YOUR CV TO [fribourglawreview@unifr.ch](mailto:fribourglawreview@unifr.ch)**

**OR FIND OUT MORE AT [www.unifr.ch/ius/quid/](http://www.unifr.ch/ius/quid/)**

[www.facebook.com/fribourglawreview](http://www.facebook.com/fribourglawreview) | [Twitter@UniFrLawReview](https://twitter.com/UniFrLawReview)



## Interview avec Jean-Luc Baechler

Président du Tribunal administratif fédéral

**Jean-Luc Baechler**, \*1959, originaire de Vallon et Praroman, FR

**1980 / 1984** Études de droit à l'Université de Fribourg  
**1988** Brevet d'avocat du canton de Fribourg  
**1990** Chef de section à l'Office fédéral des réfugiés (DFJP) à Berne  
**1991** Préfet du district de la Broye  
**2002** Président du Tribunal d'arrondissement de la Broye  
**2007** Juge au Tribunal administratif fédéral  
**2015** Président du Tribunal administratif fédéral



### ÉTUDES ET CARRIÈRE

#### Question : Où et quand avez-vous suivi vos études de droit ?

J'ai suivi mes études de droit à l'Université de Fribourg, de 1980 à 1984. Ensuite, j'ai passé encore une année dans un des collèges d'Oxford, en Grande-Bretagne où j'ai suivi des cours de « common law » ainsi que, pour faire bonne mesure, ceux d'histoire antique. A mon retour, j'ai accompli un stage d'avocat puis j'ai été assistant en droit romain auprès du Prof. Felix Wubbe de 1987 à 1989 ; à cette occasion, j'ai fait des séjours à Rome et à Fribourg-en-Brigau où j'ai travaillé pour le Prof. J. Wolf à l'Albert-Ludwigs-Universität. J'ai obtenu le brevet d'avocat du Canton de Fribourg en 1988.

« Par le droit, nous expérimentons une approche dynamique et en perpétuelle évolution des réalités de la vie sous toutes ses facettes. »

#### Q: Pourquoi avez-vous choisi d'étudier le droit ?

Au Collège Saint-Michel à Fribourg où j'ai fait mes études gymnasiales en section latin-langues, j'étais plutôt très attiré par la littérature, l'histoire et la

philosophie. Sachant toutefois que les débouchés dans ces domaines n'offraient que peu de perspectives, j'ai préféré finalement m'inscrire à la Faculté de droit suivant l'adage que « le droit mène à tout à condition d'en sortir ». Au bout du compte, je n'en suis jamais réellement sorti et je ne regrette rien tant le droit est varié et en perpétuel mouvement.

#### Q: Quelle carrière envisagiez-vous de suivre après vos études de droit ?

Avant d'ouvrir une étude d'avocat, je voulais d'abord me familiariser avec l'administration fédérale et aussi créer un réseau qui pourrait m'être utile par la suite. C'est pourquoi, après mon brevet, j'ai eu l'opportunité de décrocher un poste de chef de section à l'Office fédéral des réfugiés (actuellement intégré au Secrétariat d'Etat aux migrations SEM) à Berne. Par la suite, des amis m'ont encouragé à me présenter comme candidat au poste de préfet du district de la Broye ; après réflexion, je me suis lancé avec enthousiasme dans la mêlée ; c'est ainsi que j'ai été élu à l'âge de 32 ans (j'étais le plus jeune préfet d'alors) en 1991 puis réélu en 1996 jusqu'en 2001. Ensuite, j'ai occupé la fonction de président du Tribunal d'arrondissement de la Broye de 2002 à 2006. J'assume la charge de juge au Tribunal administratif fédéral (TAF) depuis 2007, soit dès la création de l'Institution. Ainsi, comme vous pouvez le constater, malgré mes intentions bien arrêtées, l'idée d'ouvrir une étude d'avocat à mon compte ne s'est finalement jamais vérifiée...

**Q: Feriez-vous le même choix d'études aujourd'hui? Quelles autres études vous seraient utiles aujourd'hui ?**

Je n'ai jamais regretté mon choix un peu aléatoire d'entamer des études de droit qui, grâce à leur vision pluridisciplinaire, nous ouvrent l'esprit sur des horizons très différents mais toujours passionnants. C'est aussi une science qui s'attache davantage à poser les bonnes questions (que l'on appelle dans notre jargon « topiques » ) qu'à se conforter sur des certitudes intangibles. De la sorte, nos facultés restent en constant éveil sans se reposer sur des conceptions toutes faites.

Par le droit, nous expérimentons une approche dynamique et en perpétuelle évolution des réalités de la vie sous toutes ses facettes. Que pourrait-on souhaiter de plus varié et... de plus rafraîchissant pour l'intellect mais aussi pour une meilleure compréhension pratique de l'autre ?

Qualité et diligence riment avec connaissance de notre monde dont procède le droit qui à son tour, modestement, en assure un certain ordre en posant des règles. En tant que juriste et, a fortiori, comme juge, dire le droit signifie savoir l'interpréter justement dans un contexte donné et non dans une bulle hermétique ; cela nécessite de rester constamment au fait non seulement des derniers développements de la jurisprudence mais aussi de la science et de la société en général, de même que de vivre en phase avec cette évolution.

## SITUATION ACTUELLE

**Q: Comment se déroule la journée type d'un juge et président du TAF ?**

Je suis en partie juge et en partie président du TAF. La présidence occupe 50% de mon temps, l'autre moitié étant dédiée à mes activités proprement dites de juge: que ce soit pour l'instruction et la rédaction de projets de jugement en tant que juge délégué ou pour l'examen de dossiers en tant que membre d'un collège de 3 ou 5 juges. Je fais partie de la Cour II du TAF à laquelle ressortissent les affaires touchant à l'économie, la finance et la formation; en particulier, je m'occupe de la surveillance des marchés financiers et des assurances privées ainsi que de l'entraide administrative internationale. En qualité de président, je consacre beaucoup de mon temps à la préparation

et à la conduite de séances avec la Commission administrative du TAF, avec les présidents des cinq cours et avec la secrétaire générale ainsi que les différents services administratifs, en poursuivant l'objectif de gérer au mieux notre tribunal fort de plus de 400 personnes ce qui en fait le plus grand tribunal de Suisse. Ma porte est aussi toujours ouverte de sorte que non seulement les juges mais aussi chaque collaboratrice et collaborateur peuvent en tout temps venir me faire part de leurs suggestions, de leurs souhaits ou de leurs doléances. Comme juge, outre le travail sur dossier, j'apprécie beaucoup les échanges avec mes collègues dans les affaires qui sont jugées par un collège comme avec les greffiers qui nous soutiennent dans la rédaction des arrêts.

« La vision pluridisciplinaire, humaniste et ouverte sur le monde préconisée à l'Université m'a beaucoup apporté tout au long de ma vie professionnelle. »

**Q: Vos études de droit vous ont-elles bien préparé à votre activité actuelle ? Quelles autres expériences et formations effectuées au cours de votre carrière s'avèrent aujourd'hui utiles pour votre travail quotidien ?**

La vision pluridisciplinaire, humaniste et ouverte sur le monde préconisée à l'Université m'a beaucoup apporté tout au long de ma vie professionnelle; j'en suis profondément reconnaissant à mes professeurs.

Certes, les diverses étapes successives de ma carrière m'ont permis d'accumuler une somme d'expériences enrichissantes et m'ont préparé ainsi à assumer pleinement le rôle de juge que j'occupe actuellement.

En particulier, outre les études de base et ma formation d'avocat, étudier à l'étranger, accomplir différents services d'avancement au militaire m'ont également beaucoup apporté dans la connaissance des autres et m'ont initié aux rudiments de la conduite (ou plutôt dans l'art du management comme on dit aujourd'hui).

**Q: Que manque-t-il aux études de droit pour préparer au mieux les jeunes juristes à la profession de juge ?**

Je n'ai pas l'impression qu'il y ait des lacunes dans

le cursus des études de droit et en particulier à Fribourg qui jouit d'une excellente réputation. Par définition, l'université a pour mission de diffuser un enseignement supérieur qui permet aux étudiants d'acquérir un solide bagage théorique qui n'exclut pas d'ailleurs l'apprentissage du métier par des séries d'exercices dispensés souvent par les professeurs eux-mêmes. L'université ne saurait toutefois se confondre avec une école de magistrature. Il s'agira donc, une fois ses études achevées, de parfaire sa formation par des expériences pratiques « sur le terrain », par exemple, dans un service de l'administration ou d'un greffe; à cet égard, le stage d'avocat constitue sans doute la voie royale pour mettre en pratique et comprendre réellement les mécanismes de mise en œuvre du droit appris sur les bancs de l'université.

« Le stage d'avocat constitue sans doute la voie royale pour mettre en pratique et comprendre réellement les mécanismes de mise en œuvre du droit. »

**Q: Comment collaborent les juges et les greffiers de différentes langues au sein du Tribunal administratif fédéral ?**

En règle générale, dans notre tribunal, chacun s'exprime dans sa langue pour autant qu'il s'agisse d'une des trois langues officielles de la Suisse, à savoir l'allemand, le français ou l'italien. La plupart des collèges composés de 3 ou 5 juges étant formés de membres issus des diverses régions linguistiques, cela suppose un effort constant afin de se bien comprendre mutuellement au niveau du langage et des idées développées. En ce qui concerne la jurisprudence, les greffiers rédigent les projets d'arrêt dans leur langue maternelle. Cela nécessite en tous les cas, la maîtrise au moins passive de la langue partenaire.

**Q: Quelle est à votre sens l'importance du plurilinguisme pour les juristes travaillant pour un tribunal ou un office à l'échelon fédéral ? Quelle est son importance pour la culture juridique suisse plus généralement ?**

La langue est aussi liée à une culture. Travailler dans un environnement plurilingue signifie donc se voir confronté non seulement à une autre langue,

mais aussi à des valeurs culturelles différentes. Cette diversité reflète bien la richesse de la Suisse – et, dans ce sens, le TAF est comme une Suisse en miniature. En travaillant au TAF, on peut acquérir des connaissances juridiques certes techniquement très poussées mais aussi et surtout enrichies par cet environnement multiculturel. En outre, la jurisprudence étant rédigée aussi bien en allemand qu'en français, leur maîtrise se révèle indispensable au quotidien pour accomplir son travail avec l'efficacité et la qualité requises.

**Q: En quoi l'atmosphère de travail du TAF est-elle différente de celle des tribunaux où vous travailliez avant ?**

Avec quelque 75 juges et 320 collaborateurs, notre institution est le plus grand tribunal de la Confédération. Le bon fonctionnement d'une structure si imposante réclame une organisation bien rodée et pourvue de processus clairs.

La multiplicité des matières traitées s'avère incroyablement vaste à telle enseigne que le risque de monotonie ne fait pas partie de notre vocabulaire.

**Q: Quels sont à votre sens les avantages du système suisse qui exige que les juges soient proposés par des partis politiques ?**

La règle veut effectivement que, comme juge, on soit membre d'un parti; cette affiliation peut donner une idée des valeurs auxquelles le magistrat est attaché; elle lui confère donc plus de visibilité. Néanmoins, cela ne joue aucun rôle dans le travail quotidien. D'ailleurs, une certaine réserve est de rigueur.

« Nous rendons aujourd'hui des arrêts de haute qualité dans des délais raisonnables, et j'en suis personnellement très fier. »

**Q: Quels sont les plus grands défis auxquels est confronté le TAF aujourd'hui ?**

Le thème qui nous occupe beaucoup actuellement - et pour quelque temps encore sans doute - touche à l'organisation même du tribunal. Il s'agit-là de clarifier qui a quelle compétence et qui en assume la responsabilité. Après un peu plus de huit ans d'existence, le temps est venu de faire le point et

d'analyser l'expérience acquise afin d'optimiser encore nos processus. C'est un projet d'envergure, mais qui ne doit en rien entraver notre tâche principale, à savoir dire le droit. Nous rendons aujourd'hui des arrêts de haute qualité dans des délais raisonnables, et j'en suis personnellement très fier.

## DIVERS

### **Q: Quel conseil donneriez-vous aux étudiant(e)s qui souhaitent devenir juge un jour ?**

La charge de juge implique que l'on soit confronté en permanence avec les aspects de la vie en société. Il faut donc connaître non seulement son droit mais aussi ce que signifie la vie au quotidien. C'est pourquoi, il est primordial de rester constamment au fait des derniers développements de la jurisprudence, de la science et de la société en général, de même que de vivre en phase avec cette évolution.

Cela dit, il faut toujours rester curieux de tout et ne pas hésiter à effectuer le plus d'expériences possibles y compris en accomplissant toute sorte de petits « boulots » durant ses études. Par la suite, faire un stage en qualité de greffier dans un tribunal se révélera d'une incomparable utilité.

### **Q: Aviez-vous des matières et des professeurs préférés à Fribourg ?**

Comme beaucoup de camarades d'études, j'étais fasciné par l'enseignement du droit privé; sans doute que la manière passionnante et puissamment didactique mais en même temps très vivante adoptée par les Prof. Pierre Tercier et Paul-Henri Steinauer

- que l'on admirait et respectait comme des maîtres incontestés - ne fut pas étrangère à cet engouement persistant. En outre, moi qui adorais l'histoire, j'ai évidemment jeté mon dévolu sur le droit romain enseigné avec brio par le Prof. Felix Wubbe qui se doublait durant son cours d'un acteur hors pair pour faire comprendre les subtilités des jurisconsultes. Plus tard, j'ai eu la chance de devenir son assistant durant deux ans.

« Il faut toujours rester curieux de tout et ne pas hésiter à effectuer le plus d'expériences possibles y compris en accomplissant toute sorte de petits 'boulots' durant ses études. »

### **Q: Quel est le meilleur souvenir de votre période d'études à Fribourg ?**

Un de mes meilleurs souvenirs qui me vient spontanément à l'esprit en introspectant ma période universitaire - outre le sentiment très fort d'avoir vécu comme dans une grande famille où tout le monde se connaissait - est le suivant: il se rapporte au séminaire « SKILEX » qui avait le mérite de mêler théorie et pratique dans le cadre d'un séjour dans une station de ski valaisanne où le matin ainsi que la fin de journée étaient consacrés à la résolution d'un cas pratique et l'après-midi aux joies du sport. Ce fut un moment intense de convivialité entre étudiants autant francophones que germanophones et nos professeurs!



*Engage in the debate.*

Share your views and submit your  
***Letter to the Editors***

---

You feel inspired by an article published  
in the QUID? FRIBOURG LAW REVIEW?

You want to throw in your two cents' worth?

You propose to offer a different perspective  
on the controversy?

---

Please send your letter to **fribourglawreview@unifr.ch**  
and include your contact details.\*

\* Letters may be edited for length and clarity, and will NOT be published without your express consent.  
[www.unifr.ch/ius/quid](http://www.unifr.ch/ius/quid) | [www.facebook.com/fribourglawreview](http://www.facebook.com/fribourglawreview) | [Twitter@UniFrLawReview](https://twitter.com/UniFrLawReview)



[www.facebook.com/fribourglawreview](http://www.facebook.com/fribourglawreview)



[@UniFrLawReview](https://twitter.com/UniFrLawReview)