

QUID?

FRIBOURG LAW REVIEW

ARTICLES

Les virements frauduleux, la banque et son client – La créance en restitution du client et celle en dommages-intérêts de la banque (ATF 146 III 387)

Vincent Villos

Esiste una competenza federale per la gestione di una banca postale?

Romolo Pawlowski

Les implications de l'arrêt Schrems II pour les transferts internationaux de données personnelles

Nathan Philémon Matantu

Les exigences démocratiques de l'art. 51 al. 1 Cst. : les parlements et gouvernements cantonaux

Leo Tiberghien

L'effet du privilège de recours sur le tiers non-privilegié et l'application de l'art. 51 al. 2 CO – État de la jurisprudence du Tribunal fédéral

Angélique Marro

CAREER SPOTLIGHT

Interview croisée avec les Professeures Isabelle Chabloz (Chaire de droit économique) et Joëlle Vuille (Chaire de droit pénal), Université de Fribourg



Editors Alexandra Vraca
Raja-Marie Achermann
Robin Beglinger
Bérénice Billotte
Coralie Dorthe
Jean Fiorellino
Paula Gadola
Judith Gelblat
Victor Sellier

Faculty Advisor Prof. Thomas Probst

Honorary Members Prof. Benoît Chappuis
Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène
Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti,
Matthias Lanzoni, Louis Muskens

Sponsors Fachschaft Jus/AGEF
Fondation pour le droit suisse de la circulation
routière
Helmuth M. Merlin Stiftung
Institut pour le droit suisse et international de
la construction
Law Faculty of the University of Fribourg
Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung

Contact Quid? Fribourg Law Review
Case postale 51, Miséricorde,
Avenue de l'Europe 20, 1700 Fribourg
www.unifr.ch/ius/quid
fribourglawreview@unifr.ch

Printing Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE)
ISSN 2297-1106

Layouting Judith Gelblat

Proposition de citation pour QUID? FRIBOURG LAW REVIEW : QFLR
Vorgeschlagene Zitierweise für QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: QFLR

EDITORIAL 4

ARTICLES

Les virements frauduleux, la banque et son client – La créance en restitution du client et celle en dommages-intérêts de la banque (ATF 146 III 387) 6

Vincent Villos

Esiste una competenza federale per la gestione di una banca postale? 10

Romolo Pawlowski

Les implications de l'arrêt Schrems II pour les transferts internationaux de données personnelles 14

Nathan Philémon Matantu

Les exigences démocratiques de l'art. 51 al. 1 Cst. : les parlements et gouvernements cantonaux 18

Leo Tiberghien

L'effet du privilège de recours sur le tiers non-privilegié et l'application de l'art. 51 al. 2 CO – État de la jurisprudence du Tribunal fédéral 23

Angélique Marro

PHD CANDIDATE

Von Schäden und Sachen 28

Franziska Raaflaub

CAREER SPOTLIGHT

Interview croisée avec les Professeures Isabelle Chabloz (Chaire de droit économique) et Joëlle Vuille (Chaire de droit pénal), Université de Fribourg 32

LEADING CASES 38

Chère lectrice, cher lecteur,

Vous tenez entre vos mains la 15^e édition de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. Année après année, c'est pour nous un immense plaisir de vous présenter un nouveau numéro. En plus de notre version papier, vous pourrez toujours retrouver cette édition en format électronique sur notre site internet ainsi que sur Swisslex. Nous espérons que vous apprécierez autant que nous la lecture de ces excellents articles.

Les thématiques que vous pourrez découvrir dans cette édition sont variées. Tout d'abord, vous aurez le plaisir de lire une contribution consacrée aux conséquences des virements frauduleux dans la relation entre une banque et sa clientèle apportée par VINCENT VILLOZ. L'article de ROMOLO PAWLOWSKI examine quant à lui la question de l'existence respectivement de la nécessité, ou non, d'une compétence fédérale s'agissant de la gestion d'une banque postale. Le troisième article de cette édition vous est ensuite proposé par NATHAN MATANTU. Celui-ci porte sur la question du transfert international des données personnelles, et nous offre de ce fait un article actuel à l'ère de la digitalisation. Vous ne manquerez pas non plus l'analyse de LEO TIBERGHIEU sur le sujet de l'autonomie cantonale en droit de la démocratie. Finalement, ANGÉLIQUE MARRO vous propose un article portant sur la jurisprudence récente relative à la créance de l'assureur envers un tiers non-privilegié et l'ordre des recours.

Nous vous recommandons grandement la lecture de notre rubrique PhD Candidate au sein de laquelle FRANZISKA RAAFLAUB, doctorante auprès du Prof. Hubert Stöckli, nous expose les éléments de sa thèse. Un article passionnant sur la notion de dommage matériel et ses implications, notamment en matière d'organismes génétiquement modifiés.

Ce printemps, nous avons eu la chance de nous entretenir avec les Prof. Isabelle Chabloz et Joëlle Vuille à l'occasion d'une interview croisée. Vous pourrez lire leurs témoignages respectifs à travers la rubrique Career Spotlight. Ayant toutes deux obtenu les rôles de leurs Chaires au début du semestre d'automne 2020, elles nous ont raconté comment s'est passée cette transition ainsi que plusieurs anecdotes captivantes. Nous tenons à les remercier encore une fois de nous avoir accordé cet entretien que nous vous encourageons vivement à lire.

Werte Leserin, werter Leser,

Sie halten die 15. Ausgabe von QUID? FRIBOURG Law Review in Ihren Händen. Jahr um Jahr ist es uns eine grosse Freude, Ihnen neue Hefte unserer Zeitschrift zu präsentieren – und so auch heuer. Neben der gedruckten Version ist diese Ausgabe auch in elektronischer Form auf unserer Website sowie auf Swisslex abrufbar. Wir hoffen, dass Sie die publizierten Artikel mit ebenso grossem Interesse lesen, wie wir das getan haben.

Die Themen, zu deren Entdeckung die vorliegende Ausgabe einlädt, sind vielfältig. Zunächst analysiert VINCENT VILLOZ, welche Konsequenzen betrügerische Zahlungsaufträge im Verhältnis zwischen der Bank und ihrem Klienten nach sich ziehen. Der zweite Beitrag dieser Ausgabe stammt von ROMOLO PAWLOWSKI, welcher der aktuellen Frage nachgeht, ob eine Bundeskompetenz zum Betrieb einer Postbank besteht. Weiter beantwortet NATHAN MATANTU Fragen im Zusammenhang mit dem internationalen Transfer von persönlichen Daten – ein interessantes Thema in Zeiten von Globalisierung und Digitalisierung. LEO TIBERGHIEU erklärt in seinem Beitrag Inhalt und Grenzen der kantonalen Autonomie bei der Ausgestaltung des politischen Systems. Schliesslich bietet ANGÉLIQUE MARRO einen Überblick über die jüngste Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen ausservertraglichem Haftpflichtrecht und Sozialversicherungen.

Wärmstens empfehlen wir Ihnen die Lektüre unserer Rubrik PhD Candidate, wo FRANZISKA RAAFLAUB kurz und in erfrischender Klarheit ihre Forschungsarbeit vorstellt. Die Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Hubert Stöckli beschäftigt sich darin mit verschiedenen Facetten des Sachschadens und deren Implikationen, insbesondere im Bereich von genetisch veränderten Organismen.

Diesen Frühling hatten wir die Gelegenheit, im Rahmen eines Doppelinterviews mit Prof. Isabelle Chabloz und Prof. Joëlle Vuille zu diskutieren. Das Gespräch kann unter der Rubrik Career Spotlight nachgelesen werden. Beide Professorinnen übernahmen ihre Lehrstühle zu Beginn des Herbstsemesters 2020, worüber sie im Interview sprechen und dabei auch einige packende Anekdoten teilen. Gerne bedanken wir uns noch einmal bei ihnen für das Gespräch und empfehlen

Vous retrouverez également notre habituelle rubrique des Leading Cases apportant un aperçu de la jurisprudence récente à travers une sélection de plusieurs arrêt pertinents. Nous remercions ici LAWINSIDE, avec qui nous collaborons depuis maintenant de nombreuses éditions.

Nous souhaitons aussi remercier tout particulièrement notre Faculty Advisor, le Prof. Thomas Probst, pour son soutien et ses précieux conseils. Nous profitons également de remercier nos membres parrains pour leur soutien renouvelé à la revue.

Nous adressons finalement nos remerciements à la Fachschaft JUS, la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le droit suisse de la circulation routière, la Helmuth M. Merlin Stiftung ainsi qu'à la Fondation Peter Jäggi pour leur précieuse contribution au succès de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Nous vous souhaitons une lecture enrichissante et nous nous réjouissons par avance de vos retours et impressions sur cette quinzième édition de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le Comité éditorial

Ihnen, liebe Lesende, die Lektüre.

In der Rubrik Leading Cases finden Sie wie gewohnt einen Überblick über bedeutende Entscheide aus der jüngsten Rechtsprechung. Wir möchten an dieser Stelle LAWINSIDE für die exzellente Zusammenarbeit seit nunmehr mehreren Ausgaben danken.

Ebenfalls danken möchten wir unserem Faculty Advisor, Prof. Thomas Probst, der uns immer wieder mit wertvollen Gedanken und Hinweisen unterstützt. Wir nutzen die Gelegenheit ausserdem, um unseren Fördermitgliedern für die anhaltende Unterstützung der Zeitschrift zu danken.

Schliesslich richten wir unseren Dank an die Fachschaft JUS, die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, die Stiftung für Schweizerisches Strassenverkehrsrecht, die Helmuth M. Merlin Stiftung und die Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung für die wertvollen Beiträge zum Erfolg von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zu dieser 15. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

Les virements frauduleux, la banque et son client – La créance en restitution du client et celle en dommages-intérêts de la banque (ATF 146 III 387)

Vincent Villoz (MLaw, Université de Fribourg)

In diesem Beitrag beleuchtet VINCENT VILLOZ den jüngsten einer langen Reihe von Entscheidungen, die sich mit betrügerischen Banküberweisungen und den sich daraus ergebenden Ansprüchen befassen. Nach einer sorgfältigen Analyse der Argumentation des Bundesgerichts untersucht der Autor die rechtlichen Grundlagen eines Rückerstattungsanspruchs des Opfers gegenüber der Bank.

Der Autor befasst sich anschliessend mit den Mechanismen, die im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch der Bank gegen ihren Kunden wirken. In diesem Zusammenhang erläutert VINCENT VILLOZ verschiedene bestehende Ungereimtheiten bei einer strikten Anwendung der Vertragshaftung (Art. 97 ff. OR) auf die verletzte Sorgfaltspflichten des Bankkunden.

Der Autor schließt seinen Beitrag, indem er die Bedeutung des Verschuldens der Kundschaft für die genannten Ansprüche analysiert.

Abstract provided by the Editorial Board

des escrocs contactèrent la comptable en lui parlant d'une affaire urgente et confidentielle impliquant plusieurs ordres de paiement. La comptable contacta la banque et entra en relation directe non pas avec l'employé habituel mais avec son remplaçant. Au vu de l'urgence de l'affaire, la comptable fit part de la nécessité d'utiliser un autre système d'ordres de paiement que le procédé convenu. Le remplaçant lui proposa alors de passer l'ordre de paiement par courriel et de le faire confirmer par celui qui devait être le CEO. Grâce à ce procédé, les escrocs débitèrent un montant d'environ 4'000'000 € du compte courant de la société. On notera que l'adresse électronique du prétendu CEO ne correspondait pas à celle des personnes employées par la société. La société demanda le remboursement de la somme à la banque qui refusa.

Afin de déterminer si la société a une créance contre la banque, le Tribunal fédéral reprend ici un raisonnement qu'il avait adopté dans des affaires antérieures. Les développements qui suivent auront successivement pour objet l'analyse de ce raisonnement (I.) et la triple critique que celui-ci appelle selon nous : le fondement douteux de la créance en restitution (II.), un régime inadapté de responsabilité du client (III.) et la place surprenante de l'éventuelle faute du client (IV.).

Introduction

Le 6 août 2020, le Tribunal fédéral a rendu une décision impliquant des virements bancaires frauduleux commis au préjudice d'une société titulaire d'un compte courant¹. Le CEO et la comptable de la société avaient signé une procuration bancaire qui leur donnait collectivement le pouvoir de représenter la société et de saisir des ordres de paiement au moyen d'un système de e-banking. Ce procédé excluait les ordres de paiement par courriel. Pendant près de dix ans, la société traita habituellement avec le même employé de la banque et fit ses paiements selon le procédé convenu. En 2014, alors que le CEO était en voyage d'affaires,

I. Le raisonnement du Tribunal fédéral

Dans la première étape de son raisonnement, le Tribunal fédéral examine si la banque a exécuté les virements avec ou sans mandat de la société pour déterminer si la société dispose d'une action en restitution. Il retient que les instructions données par la comptable et le prétendu CEO ne correspondaient pas au procédé convenu. Il constate que la banque a accepté de virer des fonds alors que l'ordre venait d'un courriel sans la signature des deux fondés de procuration. La comptable ne pouvait pas à elle seule engager la société. Les instructions n'étaient donc pas valides. Aussi, la banque a agi sans instruction de la société

¹ ATF 146 III 387.

qui de ce fait bénéficie d'une créance en restitution².

Dans la deuxième étape de son raisonnement, le Tribunal fédéral examine qui, de la société ou de la banque, doit supporter le risque d'un virement non-autorisé découlant d'un défaut de légitimation ou de faux non-décelés. Le système légal prévoit que le risque en la matière fait partie des risques inhérents à l'activité bancaire, au même titre que l'insolvabilité du client. Le Tribunal fédéral retient que les parties n'ont pas convenu d'une clause de transfert de risque qui, dérogeant au système légal, mettrait le dommage découlant du virement frauduleux à la charge de la société³.

Dans la dernière étape de son raisonnement, le Tribunal fédéral se demande si une créance en dommages-intérêts de la banque est opposable en compensation à la créance en restitution de la société. Dans l'arrêt en cause, le Tribunal fédéral entreprend d'analyser les conditions de la responsabilité contractuelle de la société en application de l'art. 97 al. 1 CO. Il examine au demeurant surtout la faute concomitante de la banque et en conclut qu'il n'y a aucune responsabilité contractuelle de la société. Aussi, la banque ne dispose d'aucune prétention en dommages-intérêts opposable à la créance en restitution de la société⁴.

II. La créance en restitution du client et son fondement douteux

La première critique qu'on peut adresser à l'arrêt ici discuté repose sur le fait que le Tribunal fédéral passe sous silence l'examen du fondement contractuel de la créance en restitution de la société. Il suggère que l'existence du compte suffit⁵.

Souvent faite⁶, cette affirmation donne à croire que le compte seul fonde la créance et qu'il n'importerait pas de prendre en considération le contrat qui lie la banque et son client. Cette approche est de nature à induire en erreur, car elle fait oublier qu'il existe des situations dans lesquelles une banque doit restituer alors qu'il n'y a pas avec elle de relation de compte. Tel est le cas dans un virement interbancaire où la banque du client donneur d'ordre fait intervenir la banque du

bénéficiaire sans que celle-ci ne soit liée par une relation de compte avec le client donneur d'ordre⁷. Dans une telle situation, l'affirmation du Tribunal fédéral dans l'arrêt ici commenté donne appui à l'idée que le donneur d'ordre victime d'un virement frauduleux ne disposerait pas d'une action en restitution contre la banque bénéficiaire, faute de relation de compte, alors même qu'il reviendrait à la banque de supporter le risque du virement frauduleux⁸.

En réalité, ce n'est pas la relation de compte qui fonde la créance en restitution. Cette créance découle de la relation contractuelle particulière nouée entre les parties⁹. Dans les faits de l'arrêt considéré, le compte débité était un compte courant¹⁰. Lorsqu'un client ouvre un tel compte et qu'il désire que la banque effectue et reçoive des versements, le client contracte tacitement un contrat de giro bancaire¹¹ dont on admet en général qu'il relève du mandat au sens des art. 394 ss CO¹². La jurisprudence reprend en principe cette approche¹³.

Par conséquent, il convenait ici de qualifier la relation entre la banque et la société de contrat de giro bancaire et donc de mandat. C'est également ce qu'avait reconnu l'autorité précédente¹⁴. Implicitement, le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas contredit cette approche puisqu'il applique, à plusieurs reprises, les dispositions du mandat¹⁵. En l'occurrence, l'action en restitution de la société trouvait bel et bien son fondement dans l'art. 400 al. 1 CO.

Le fait de ne pas qualifier le contrat ne portait pas ici à conséquence. Il en irait différemment dans un virement interbancaire où il conviendrait peut-être de retenir une créance en restitution fondée sur le contrat de giro (cf. art. 399 al. 3 CO et art. 400 al. 1 CO), alors

² ATF 146 III 387, c. 4 ss.

³ *Idem*, c. 5 ss.

⁴ *Idem*, c. 6 ss.

⁵ *Idem*, c. 4.3.

⁶ ATF 146 III 387, c. 4.3 ; ATF 132 III 449, c. 2 ; ATF 111 II 263, c. 1a, JdT 1986 I 250.

⁷ Cf. S. BETTSCHART, Virement en chaîne et assignation bancaire – Droit suisse des obligations et contexte international, *Études suisses de droit bancaire*, vol. 61, Zurich 2000, p. 225.

⁸ Cf. ATF 146 III 387, c. 3.2 ; A. D. GUGGENHEIM/A. GUGGENHEIM, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 5e éd., Berne 2014, N 354.

⁹ BETTSCHART (n. 7), p. 225 s.

¹⁰ ATF 146 III 387, c. A.b.

¹¹ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM (n. 8), N 1768.

¹² BETTSCHART (n. 7), p. 94 ss ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM (n. 8), N 1789 et 1849 ; C. LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Genève 2002, p. 230, N 15.

¹³ ATF 126 III 20, c. 3a.aa, JdT 2000 I 227 ; ATF 124 III 253, c. 3b, JdT 1999 I 389 ; ATF 110 II 283, c. 1, JdT 1985 I 16.

¹⁴ C. d'appel civile NE, arrêt du 13.3.2019, CACIV.2017.75, c. 4.

¹⁵ Cf. ATF 146 III 387, c. 3.2, 4.1 et 4.3.2.

même qu'il n'y aurait pas entre la victime et la banque une relation de compte¹⁶.

III. La créance en dommages-intérêts de la banque et le régime inadapté de responsabilité du client

Dans son jugement, le Tribunal fédéral se demande à juste titre si une créance en dommages-intérêts de la banque pour manquement du client est opposable en compensation à la créance que ce dernier a en restitution contre elle¹⁷. La critique qu'on peut adresser à l'arrêt tient à la manière dont le Tribunal fédéral définit le régime de responsabilité qui sanctionne l'éventuel manquement du client.

Selon le Tribunal fédéral, la responsabilité du client d'une banque est régie par l'art. 97 al. 1 CO¹⁸. Il est rare que le client porte directement préjudice à la banque. Les dommages sont généralement causés par des tiers ou par le hasard. Néanmoins, le client répond du dommage qu'il cause à la banque quand il manque à son obligation de prévenir les risques d'abus. Dès lors, le client doit prendre les mesures de sécurité qui s'imposent et que l'on peut raisonnablement attendre de lui. Cette obligation accessoire découle soit des conditions générales régissant la relation bancaire, soit du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CO)¹⁹.

L'obligation du client est clairement une obligation de diligence qu'on doit donc qualifier d'obligation de moyens. Or, si l'application de l'art. 97 CO se justifie pleinement pour les obligations de résultat, elle se heurte à une incohérence s'agissant des obligations de moyens. En présence d'une obligation de résultat, il appartient en effet à son créancier de prouver l'absence de résultat. Lorsqu'il y parvient, c'est alors au débiteur de prouver qu'il a fait preuve de diligence et donc de démontrer qu'il n'a pas commis de faute. En présence d'une obligation de moyens, il revient au créancier de démontrer que le débiteur a manqué à la diligence qu'il devait en vertu du contrat. On ne voit donc pas comment on pourrait appliquer une disposition qui présume ce manquement. Dès l'instant où

le créancier d'une obligation de diligence est parvenu à en prouver la violation, le débiteur ne peut logiquement plus se libérer en prouvant qu'il a fait preuve de la diligence due. Prouver la violation de l'obligation de moyens, c'est prouver la faute. Dès lors, il n'y a plus, sous réserve de l'absence de discernement, de place pour une preuve libératoire du débiteur. Selon la conception proposée par WERRO et reprise ici, il conviendrait d'appliquer aux violations d'obligations de moyens un régime de responsabilité pour faute prouvée comparable à celui qu'on retient en application de l'art. 41 CO²⁰.

Dans l'arrêt en cause, l'application d'un régime de présomption d'absence de diligence du client ne se justifiait pas. Dans l'approche ici défendue, le Tribunal fédéral aurait dû imposer à la banque le fardeau de la preuve d'un manquement de diligence de la société sans envisager que celle-ci puisse encore se libérer en application de l'art. 97 CO.

La critique n'est pas seulement académique. L'application de l'art. 97 CO pour sanctionner la violation d'une obligation de moyens donne lieu à de nombreuses confusions dans la jurisprudence entre faute et violation contractuelle²¹. Dans l'arrêt ici commenté, lorsqu'il analyse la faute concomitante de la banque, le Tribunal fédéral dit devoir comparer cette faute tantôt aux « violations contractuelles »²² de la société, tantôt à la « faute »²³ de cette dernière. Le Tribunal fédéral évoque ces notions comme si elles étaient interchangeables. En réalité, elles le sont, mais seulement lorsque la violation du contrat consiste dans un manque de diligence. Cela étant, cette superposition est incompatible avec l'art. 97 CO. Elle contredit la répartition des fardeaux de la preuve que prévoit cette règle, laquelle entend précisément distinguer la faute et la violation du contrat.

En l'occurrence, le raisonnement conceptuellement

¹⁶ Cf. BETTSCHART (n. 7), p. 353 s.

¹⁷ ATF 146 III 387, c. 6.

¹⁸ ATF 146 III 121, c. 5.1 ; TF, arrêt du 7.1.2019, 4A_119/2018, c. 4 ss ; ATF 110 II 283, c. 2, JdT 1985 I 16.

¹⁹ I. BILLOTTE-TONGUE, Aspects juridique du virement bancaire – Implication des développements informatiques, *Études suisses de droit bancaire*, vol. 13, Zurich 1992, N 87 et 268.

²⁰ F. WERRO, La responsabilité contractuelle professionnelle : Entre mandat et entreprise, in : P. PICHONNAZ/F. WERRO (édit.), *Symposium en droit des contrats – La pratique contractuelle 5*, Genève/Zurich 2016, p. 10 s. ; F. WERRO, *Le mandat et ses effets – Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations – Analyse critique et comparative*, thèse d'habilitation, Fribourg 1993, N 802 s., 827 ss, 852 et 864 ss.

²¹ Le TF l'a lui-même implicitement admis dans TF, arrêt du 13.12.2018, 4A_594/2017, c. 4.3.2.

²² ATF 146 III 387, c. 6.3.1.

²³ *Idem*, c. 6.3.2.

douteux n'a pas eu de conséquence car le Tribunal fédéral n'a pas retenu le manquement du client. En revanche, et à tort, il a déplacé le débat sur le plan de la faute concomitante de la banque. A l'évidence, la question de cette faute ne pouvait se poser que si on avait admis la responsabilité du client. Or, à juste titre sans doute, les juges l'ont niée.

Encore une fois, en mettant de l'ordre dans la grille de lecture et en écartant l'application de l'art. 97 CO pour juger du manquement du débiteur d'une obligation de diligence, peut-être aurait-on pu éviter ces confusions.

IV. La place de la faute du client entre les créances en restitution et en dommages-intérêts

Au cours de ces dernières années, les virements frauduleux ont fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral. Le raisonnement de notre Haute Cour en la matière a connu plusieurs changements en relation avec le rôle de la faute du client. Dans plusieurs décisions, le Tribunal fédéral a, de manière critiquable, opposé au client qui agissait en restitution la faute que celui-ci aurait commise²⁴. Avec raison ici, il a analysé cette faute uniquement dans le cadre de l'action en dommages-intérêts de la banque²⁵.

Les cas de virements frauduleux impliquent l'analyse de deux actions : l'action du client et celle de la banque. La première est une action en restitution, à savoir une action en exécution au sens de l'art. 107 al. 1 CO, alors que la seconde est une action en dommages-intérêts. La distinction entre ces deux actions est fondamentale puisque l'action en dommages-intérêts est soumise à l'existence d'une faute alors que l'action en exécution ne l'est pas²⁶.

Dans une action en restitution, le client ne fait que demander l'exécution du contrat suite au virement opéré sans instruction. A cela s'ajoute que la banque ne peut pas opposer à cette action une faute concomitante du client. Tout au plus, cette faute pourrait jouer un rôle en tant que facteur de réduction des dommages-intérêts réclamés par le client pour le dommage consécutif

à cette mauvaise exécution²⁷. Cela semble toutefois difficilement envisageable puisque le client ne subit aucun dommage en raison justement de l'action en restitution dont il bénéficie.

Dès lors, la faute du client ne joue de rôle que dans l'action en dommage-intérêts de la banque qui subit un dommage correspondant au montant qu'elle doit restituer à son client²⁸. On ne peut qu'espérer que l'arrêt ici présenté mette fin à l'analyse approximative de cette faute et qu'on en tienne compte uniquement pour l'examen de la créance en dommages-intérêts.

Conclusion

La présente contribution propose une analyse du raisonnement du Tribunal fédéral en matière de virement frauduleux. Si ce raisonnement a apporté une réponse convaincante au litige du cas d'espèce, il n'en reste pas moins qu'il appelle la critique sur plusieurs points.

On retiendra d'abord que la créance en restitution du client suite au virement effectué sans instruction doit se fonder sur la relation contractuelle nouée entre la banque et le client, et non la seule relation de compte. Dans les cas où celle-ci ferait défaut, il ne serait en effet pas soutenable d'écarter la restitution de ce seul fait.

On retiendra aussi, qu'à cette créance en restitution, la banque peut opposer une créance en dommages-intérêts qu'elle a éventuellement contre son client lorsque celui-ci a manqué à son obligation de diligence. Comme on l'a vu, on améliorerait sensiblement la clarté du débat si on écartait l'application de l'art. 97 CO et sa présomption de faute au profit d'un régime de responsabilité pour faute prouvée.

On retiendra enfin qu'il convient de replacer la faute du client dans le contexte de ces deux créances et que cette faute ne joue un rôle que pour la créance en dommages-intérêts. L'arrêt ici discuté a su le mettre en évidence. On espère que le Tribunal fédéral ne s'écartera plus de cette approche.

²⁴ Cf. TERCIER/PICHONNAZ (n. 26), N 1384 et 1386.

²⁸ ATF 146 III 387, c. 6.2.

²⁴ Cf. ATF 146 III 326, c. 6 ss ; TF, arrêt du 6.7.2020, 4A_161/2020, c. 5 ss.

²⁵ ATF 146 III 387, c. 6.3.

²⁶ ATF 146 III 121, c. 3.1.2 ; ATF 132 III 449, c. 2 ; ATF 112 II 450, c. 3a ; cf. ég. P. TERCIER/P. PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6e éd., Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1384.

Esiste una competenza federale per la gestione di una banca postale ?

Romolo Pawlowski (MLaw student, Université de Fribourg)

Dans cet article, ROMOLO PAWLOWSKI s'intéresse à la question de l'existence d'une compétence fédérale pour la gestion d'une banque postale. Sur proposition du Conseil fédéral, le Parlement sera bientôt amené à se prononcer sur le statut de PostFinance SA afin de déterminer si celle-ci doit ou non être autorisée à octroyer des prêts respectivement des hypothèques, activité actuellement interdite par l'art. 3 al. 3 LOP.

A travers cette contribution, l'auteur met en lumière un éventuel changement conséquent : faire de PostFinance SA une banque postale à part entière en mains de la Confédération.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduzione

Tra qualche tempo le Camere federali, su proposta del Consiglio federale, dovranno chinarsi sulla questione se permettere a PostFinance SA (cit. "PostFinance") la concessione di crediti e ipoteche, attività finora vietata dall'art. 3 cpv. 3 LOP. Con questa modifica, PostFinance diventerebbe una vera e propria banca postale nelle mani della Confederazione.

Secondo la prassi, ogni attività economica dello Stato deve fondarsi su una base giuridica appropriata (principio della legalità), su un interesse pubblico, sul rispetto della proporzionalità e sul principio della neutralità dello Stato nell'economia¹. Nel quadro dell'ampliamento delle attività di PostFinance, il presente testo approfondirà in particolare gli aspetti dell'attività dello Stato nell'economia (infra II.) e della base giuridica necessaria (infra III.). Prima di tutto, però, verrà messo il focus sulla struttura e sulle attività attuali di PostFinance (infra I.).

¹ DTF 138 I 378 c. 6.3.2; P. BAUMANN/R. GUTZWILLER, Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften, AJP 7/2020 p. 888.

I. Struttura e limitazioni attuali di PostFinance

A. Struttura e attività di PostFinance

PostFinance è una società anonima di diritto privato (art. 14 cpv. 1 LOP)² e, insieme a Posta SA e ad Autopostale SA, fa parte del gruppo de LaPosta Svizzera SA (cit. "Posta"), di completa proprietà della Confederazione³. Il gruppo della Posta è un'impresa pubblica federale con il compito di fornire e assicurare a chiunque in Svizzera un servizio universale nei servizi postali, nel traffico dei pagamenti e nel trasporto di persone⁴. Un mandato di servizio universale è l'incarico, fondato e delimitato dalla legge, di fornire e garantire un determinato servizio alla popolazione⁵. In questo contesto, PostFinance ne ha ripreso una parte nel traffico dei pagamenti⁶, garantendo quindi l'esecuzione per conto di chiunque in Svizzera di versamenti, pagamenti, depositi, ecc. (art. 3 cpv. 2 lett. b LOP e 43 OPO)⁷.

B. Limitazione nel mercato ipotecario e creditizio

L'art. 3 cpv. 3 LOP vieta a PostFinance di concedere prestiti e ipoteche: PostFinance non è quindi una vera e propria banca, essendo attiva unicamente nelle operazioni passive (operazioni di pagamento e di

² Messaggio del CF del 20.5.2009 concernente la LOP, FF 2009 4573, p. 4604; P. NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4^a ediz., Berna 2019, § 7 N 291.

³ A. DEMAUREX/C. JACOBS, La légitimation du changement stratégique : Étude de la restructuration du réseau de La Poste Suisse, YSAS 2018 9(1) p. 26; V. MARTENET, Constitutionnalité de l'octroi de crédits et de prêts hypothécaires par PostFinance SA, Losanna 2019, p. 10; NOBEL (n. 2), § 7 N 293.

⁴ Parere legale dell'UFG del 22.11.2006 sulla costituzionalità di una banca postale, GAAC 3/2009 p. 132 (cit.: "Parere UFG"); NOBEL (n. 2), § 7 N 284 e 287.

⁵ J. DUBEY/J.-B. ZUFFEREY, Droit administratif général, Basilea 2014, N 132 seg.

⁶ Messaggio del CF del 20.5.2009 concernente la LPO, FF 2009 4493, p. 4544.

⁷ Rapporto esplicativo relativo all'avvio della procedura di consultazione del DATEC del 5.6.2020 concernente la revisione parziale della LOP, p. 13 (cit.: "Rapporto LOP"); ACJC 1547/2013 del 30.12.2013.

deposito)⁸. Al contrario, nelle operazioni attive, la banca concede prestiti e ipoteche in controprestazione di un interesse⁹. La differenza tra questo interesse e quello pagato ai clienti sui loro depositi è la fonte primordiale del guadagno di una banca¹⁰. PostFinance, tuttavia, non può attuare questa pratica a causa del divieto imposto. Al fine di assicurarsi una certa redditività, la banca ha dunque investito notevolmente nel mercato obbligazionario, che però, a causa dei persistenti bassi tassi di interesse, non è più sufficientemente redditizio da diversi anni¹¹. La mancanza di redditività di PostFinance pesa sull'intero gruppo della Posta¹², aprendo così il dibattito sulla modifica delle attività della banca. Infatti, gli utili di quest'ultima hanno contribuito negli anni al benessere di tutto il gruppo¹³ e la diminuzione della sua redditività comprometterà in futuro la fornitura del servizio universale da parte della Posta¹⁴.

II. Attività dello Stato nell'economia

A. In generale

Sulla base degli art. 27 e 94 Cost., lo Stato dovrebbe agire nell'economia solo in modo neutrale e sussidiario rispetto agli offerenti privati, in particolare qualora gli offerenti privati fossero inefficaci¹⁵. Tuttavia, l'attività economica privata da parte dello Stato, benché debba rimanere un'eccezione, è comunque accettata nella pratica senza che un'inefficacia sia data¹⁶. La Posta e Swisscom lo dimostrano¹⁷. Quando lo Stato

opera in attività economiche private, risulta però difficile che delle distorsioni della concorrenza non si presentino¹⁸. Per questo, ci sono dei provvedimenti volti a limitare le differenze tra offerenti privati e statali e il pericolo di distorsione della concorrenza, p.es. il divieto della sovvenzione trasversale (art. 19 LPO) oppure l'eliminazione della garanzia statale (per PostFinance dal 2013)¹⁹.

Secondo il Tribunale federale, nel quadro di un'attività economica statale, l'interesse pubblico va analizzato sulla base dell'art. 5 cpv. 2 e non dell'art. 36 cpv. 2 Cost.²⁰. Secondo l'art. 5 cpv. 2 Cost., per fondare l'esercizio di un'attività economica statale, qualsiasi interesse pubblico è sufficiente, ammesso che l'attività pubblica non serva esclusivamente degli interessi privati²¹. Nel caso di una banca (universale) postale, l'interesse pubblico di permettere operazioni bancarie attive a PostFinance risulta quindi dalla necessità di assicurare il servizio universale, garantendo profitti al gruppo della Posta tramite la sua filiale bancaria.

B. Stato come concorrente

Una parte della dottrina ritiene che l'attività dello Stato nell'economia comporti sempre una restrizione della libertà economica, perché tale ingresso aumenta la pressione competitiva²². Invece, secondo Hänni e Stöckli, ciò è reputato unicamente dalla dottrina più datata, mentre quella più recente considera lo Stato come concorrente aggiuntivo e che la libertà economica non garantisce protezione alcuna contro ulteriori concorrenti²³. Perfino secondo la giurisprudenza non sussiste alcuna restrizione alla libertà economica individuale se lo Stato opera nel mercato come un altro concorrente²⁴, avendo gli stessi diritti e obblighi di un terzo privato, indipendentemente dalla modalità in cui è attivo²⁵. Anche grazie al concetto

⁸ P. HETTICH, art. 98, in: B. Ehrenzeller et al. (edit.), *Sankt Galler Kommentar – BV*, 3^a ediz., Zurigo/Basilea/Ginevra 2014, N 12; NOBEL (n. 2), § 7 N 306.

⁹ P. ABEGG et al., *Schweizerisches Bankenrecht*, 4^a ediz., Zurigo/Basilea/Ginevra 2019, p. 131 e 133; U. EMCH/H. RENZ/R. ARPAGUS, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7^a ediz., Zurigo/Basilea/Ginevra, N 16 e 856.

¹⁰ EMCH/RENTZ/ARPAGUS (n. 9), N 6.

¹¹ Rapporto LOP (n. 7), p. 6; NOBEL (n. 2), § 7 N 303 e 306.

¹² Rapporto LOP (n. 7), p. 7 seg.

¹³ NOBEL (n. 2), § 2 N 152 e § 7 N 306.

¹⁴ Rapporto LOP (n. 7), p. 8.

¹⁵ P. HÄNNI/A. STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Berna 2013, N 1713; V. MARTENET, *La Constitution et l'économie*, in: O. Diggelmann/M. Hertig Randall/B. Schindler (edit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, vol. III, Zurigo/Basilea/Ginevra 2020, N 51 seg.

¹⁶ U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^a ed., Zurigo/San Gallo 2016, N 1592.

¹⁷ P. TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4^a ed., Berna 2016, § 7 N 58.

¹⁸ BAUMANN/GUTZWILLER (n. 1), p. 888.

¹⁹ DTF 138 I 378 c. 9.1; NOBEL (n. 2), § 2 N 148.

²⁰ DTF 138 I 378 c. 8.2.

²¹ DTF 138 I 378 c. 8.2; G. BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2^a ediz., Zurigo 2017, art. 5 N 15.

²² M. SCHOTT, *Aufsicht über den Marktzutritt*, in: I. Häner/B. Waldmann (edit.), *7. Forum für Verwaltungsrecht – Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure*, Berna 2019, p. 43.

²³ HÄNNI/STÖCKLI (n. 15), N 1725; cfr. DTF 138 I 378 c. 6.2.2.

²⁴ DTF 138 I 378 c. 6.2.2.

²⁵ DTF 138 I 378 c. 6.2.2; F. UHLMANN, *Gewinnorientiertes Staatshandeln*, Basilea 1997, p. 176 seg.

di New Public Management²⁶, si può affermare che lo Stato sia diventato sempre più un mero concorrente nell'economia di mercato, senza restrizioni al diritto fondamentale alla libertà economica.

PostFinance e le banche commerciali private sono già oggi concorrenti, sebbene solo nelle operazioni bancarie passive²⁷. Si può quindi ragionevolmente ritenere che un ulteriore sviluppo di PostFinance anche nelle operazioni attive non sarebbe particolarmente nocivo per gli attuali concorrenti. Il Tribunale federale ha infatti deciso che una società a scopo di lucro, filiale di un'impresa pubblica, ricopre la stessa posizione giuridica di qualsiasi altro offerente privato²⁸, non occupando quindi alcuna posizione nociva.

III. Base giuridica necessaria

A. Dal profilo della limitazione della libertà economica

Nell'ambito bancario, la Confederazione non può derogare alla libertà economica²⁹, ma le viene comunque riconosciuta una competenza a legiferare e a regolare³⁰. L'art. 98 Cost. non dà alcuna definizione di banca³¹ e non prevede neppure un'esplicita competenza federale per l'esercizio di una banca (postale) universale³².

Secondo l'art. 94 cpv. 4 Cost., i provvedimenti statali di deroga alla concorrenza sono unicamente permessi se previsti dal diritto costituzionale federale o cantonale³³. Perciò, nel caso in cui l'esercizio da parte della Confederazione di una banca postale non fosse conforme al principio della concorrenza, occorrerebbe modificare la Costituzione. Tuttavia, come esposto in precedenza (supra II.), un tale esercizio sarebbe conforme al principio della concorrenza, siccome PostFinance opera già nel settore bancario in diretta

concorrenza e le attività economiche pubbliche sono in generale ammesse. Si tratterebbe dunque di un mero concorrente aggiuntivo. Per di più, l'attività bancaria universale è già legittima per le banche cantonali, che operano indipendentemente dal fatto che alcune di loro siano privilegiate, in quanto alcuni Cantoni garantiscono ancora per le proprie³⁴. L'attività pubblica sotto forma di banca universale è quindi già realtà. Considerando quindi che l'esercizio di una banca postale non derogherebbe al principio della libertà economica, da un profilo di libertà economica, una base giuridica in senso formale tramite una modifica della LOP, anziché una modifica costituzionale, sarebbe sufficiente per fondare una tale competenza.

B. Dal profilo della competenza federale

Secondo l'art. 92 cpv. 1 Cost., il settore postale compete alla Confederazione³⁵. Nel suo settore di attività, la Posta può sicuramente offrire altri servizi oltre a quelli prettamente legati al mandato di servizio universale³⁶, potendo infatti le imprese pubbliche operare anche in forma ibrida, quindi tra servizi pubblici e privati³⁷. Secondo il parere legale dell'UFG, però, la competenza della Confederazione per l'esercizio di una banca postale dovrebbe essere prevista esplicitamente dalla Costituzione³⁸. Il compito della Confederazione proprio degli art. 92 cpv. 2 Cost. e 3 cpv. 1 LOP riguarda infatti unicamente l'offerta di servizi postali, di traffico dei pagamenti e di trasporto di persone, mentre le operazioni bancarie attive, come la concessione di crediti e ipoteche, non appartengono ai compiti della Confederazione né secondo la Costituzione, né secondo la LOP³⁹.

Una modifica costituzionale affinché la Confederazione svolga un'attività bancaria universale sembrerebbe quindi necessaria, stando anche a quanto sostenuto da una parte della dottrina⁴⁰. Inoltre, per via della competenza generale sussidiaria dei Cantoni

²⁶ Cfr. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 16), N 1578; K. SCHEDLER/I. PROELLER, *New Public Management*, 3ª ediz., Berna/Stoccarda/Vienna 2006, p. 191.

²⁷ EMCH/RENZ/ARPAGUS (n. 9), N 2557.

²⁸ DTF 138 I 289 c. 2.8.1.

²⁹ Parere UFG (n. 4), p. 136.

³⁰ BIAGGINI (n. 21), art. 98 N 2.

³¹ J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2003, art. 98 N 3.

³² Parere UFG (n. 4), p. 136; BIAGGINI (n. 21), art. 98 N 1a; HETTICH (n. 8), art. 98 N 12.

³³ DTF 138 I 378 c. 6.1.

³⁴ BAUMANN/GUTZWILLER (n. 1), p. 889; C. LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Zurigo/Basilea/Ginevra 2002, § 2 N 18.

³⁵ K. A. VALLENDER/P. HETTICH/J. LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4ª ed., Berna 2006, § 30 N 9.

³⁶ *Idem*, § 30 N 14.

³⁷ BAUMANN/GUTZWILLER (n. 1), p. 888.

³⁸ Parere UFG (n. 4), p. 133.

³⁹ Parere UFG (n. 4), p. 133; HETTICH (n. 8), art. 98 N 12.

⁴⁰ Parere UFG (n. 4), p. 135 seg.; BIAGGINI (n. 21), art. 92 N 4 e art. 98 N 1a; HETTICH (n. 8), art. 98 N 12.

(art. 3 Cost.), una modifica costituzionale è sempre necessaria in caso di attribuzione di nuove competenze allo Stato federale⁴¹, in quanto quest'ultimo può svolgere unicamente le competenze che gli sono attribuite esplicitamente (ma anche tacitamente) dalla Costituzione⁴². Perciò, benché PostFinance agisca già in diretta concorrenza con gli offerenti privati nelle operazioni bancarie passive, non sussiste alcuna competenza né espressa né tacita in materia di operazioni bancarie attive e quindi si tratterebbe dell'assegnazione di una nuova competenza federale, per cui una modifica costituzionale è d'obbligo.

Conclusione

L'attività privata dello Stato nel libero mercato è accettata dalla giurisprudenza e dalla nuova dottrina, a condizione che i concorrenti pubblici non siano privilegiati. PostFinance offre già servizi del settore privato e il gruppo della Posta opera già in concorrenza diretta, tranne che per il servizio riservato. Di conseguenza, l'esercizio di una banca postale non sarebbe dannoso per la concorrenza e per i concorrenti e non limiterebbe il diritto fondamentale della libertà economica. Visto che le banche cantonali operano già in diretta concorrenza con le banche private commerciali, un concorrente (statale) aggiuntivo, che oltretutto già oggi è attivo nel mercato bancario, non distorcerebbe la concorrenza. In più, l'interesse pubblico per una tale attività sussiste, in quanto garantirebbe il finanziamento del servizio universale. Ciononostante, non esiste alcuna competenza federale, né esplicita né tacita, perché una banca universale possa essere gestita dalla Confederazione. Una modifica costituzionale sembra dunque essere necessaria dal punto di vista della competenza.

Concludendo, bisogna sottolineare che nel contesto della pandemia di Covid-19 e degli aiuti finanziari pubblici, è stato permesso a PostFinance di concedere fideiussioni solidali fino a un ammontare di 500'000 CHF ai propri clienti (art. 19 cpv. 1 OFis-COVID-19⁴³), derogando all'art. 3 cpv. 3 LOP⁴⁴. Certamente non si tratta di crediti ordinari, sicco-

me la Confederazione ne è il garante e per le banche non sussiste alcun rischio, ma questa deroga è stata un vero e proprio banco di prova per PostFinance, che è stata perfettamente in grado di adempiere alla concessione di numerose fideiussioni solidali in poco tempo⁴⁵.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴¹ TSCHANNEN (n. 17), § 19 N 4 e 7.

⁴² A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse – L'État*, vol. I, 3^a ediz., Berna 2013, N 982.

⁴³ Non più in vigore (RU 2020 1077).

⁴⁴ Rapporto LOP (n. 7), p. 22; B. MÄRKLI/M. GUT, *Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung*, AJP 6/2020 p. 723.

Les implications de l'arrêt Schrems II pour les transferts internationaux de données personnelles

Nathan Philémon Matantu (MLaw student, Université de Fribourg)

NATHAN MATANTU érläutert die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum internationalen Transfer personenbezogener Daten und deren Konsequenzen im Schweizerischen und im internationalen Recht. Sein Beitrag konzentriert sich auf den massgebenden Entscheid Schrems II, der für diese Materie die allgemeinen Auslegungsregeln grundlegend modifiziert. Die grosse Herausforderung dabei besteht in der Suche nach alternativen Lösungen, um die Mindestgarantien in diesem Bereich einzuhalten. Der Autor beginnt mit der Erklärung der Änderungen durch Schrems II und zeigt anschliessend einen möglichen Lösungsweg auf, um mit diesen Änderungen umzugehen.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

À l'ère de la digitalisation, les données personnelles revêtent une importance considérable. En plus des bienfaits sur les plans sécuritaire et sanitaire, leur analyse permet également aux agents économiques de mieux connaître leur public cible et ainsi de maximiser les profits. Un accès illimité aux données personnelles serait donc propice à la réalisation de ces divers objectifs, mais cela annihilerait la vie privée.

C'est dans la recherche de l'équilibre adéquat entre les intérêts précités que s'inscrit la présente contribution. Après avoir cerné les conséquences de l'arrêt Schrems II (infra I), nous analyserons quelques fondements potentiels des transferts de données personnelles hors de l'UE (infra II). Nous finirons par explorer les possibles voies vers une résolution durable de cette équation complexe (infra III).

I. Enseignements tirés de l'arrêt Schrems II

A. Invalidation du Privacy Shield

Lorsqu'un État offre un niveau de protection suffisant, la Commission peut rendre une décision d'adéquation (art. 45 par. 3 RGPD). Cette dernière a pour effet que le transfert vers un État tiers est possible sans qu'une autre mesure ne soit nécessaire¹. Tel était le cas pour les États-Unis d'Amérique, dont le programme d'auto-certification Privacy Shield avait été déclaré conforme au droit de l'UE².

Constatant d'une part que les autorités américaines peuvent, dans le cadre de programmes de surveillance, accéder aux données personnelles au-delà de ce qui est nécessaire et proportionné³ et, d'autre part, qu'il n'y a pas de voie de droit ouverte aux citoyens européens pour contester ce traitement⁴, la CJUE a invalidé la décision d'adéquation du Privacy Shield⁵, donnant ainsi naissance à Schrems II.

B. Conséquences en droit européen

La conséquence directe de Schrems II est qu'il n'est plus possible de se fonder sur la décision d'adéquation pour transférer les données personnelles vers les États-Unis d'Amérique⁶. Cela impacte donc non seulement les entreprises qui transféraient des données personnelles⁷, mais aussi celles dont l'activité commerciale dépendait du traitement effectué après le transfert initial (p.ex. : analyse du profil des abonnés

¹ J. LÜTTRINGHAUS, Das internationale Datenprivatrecht : Baustein des Wirtschaftskollisionsrechts des 21. Jahrhunderts, ZVglRWiss 2018, p. 64 s.

² Décision d'exécution (UE) 2016/1250 de la Commission du 12.7.2016.

³ CJUE, Arrêt Facebook Ireland et Schrems. C-311/18, N 169 ss.

⁴ *Idem*, N 187 ss.

⁵ *Idem*, N 194 ss.

⁶ R. WEBER, Datenexport in die USA : neue Welt nach Schrems II?, EuZ 2021, p. 24.

⁷ M. DENG, Datenexportkontrolle am Massstab der EU-Grundrechtecharta – tatbestandlicher Gleichlauf, wohin?, EWS 2020, p. 1.

Facebook pour améliorer le marketing digital)⁸.

Il sied néanmoins de noter que les effets de Schrems II dépassent le cadre américain⁹. En effet, si l'ordre juridique d'un États tiers au bénéfice d'une décision d'adéquation présente les mêmes lacunes que celles relevées par la CJUE, cette décision d'adéquation ne peut donc plus justifier un transfert de données vers ledit État¹⁰.

C. Conséquences en droit suisse

Bien que le RGPD ne fasse pas partie des acquis Schengen, Schrems II a un impact majeur pour la Suisse¹¹. À l'instar de l'UE, la Suisse considérerait le Privacy Shield comme garant d'un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6 al. 1 LPD¹². Les risques étant toutefois identiques pour les citoyens suisses*, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence estime à juste titre que les États-Unis d'Amérique n'offrent plus un niveau de protection suffisant¹³. Il ne fait donc aucun doute que Schrems II déploie en Suisse, *mutatis mutandis*, les mêmes effets qu'en droit européen. L'entrée en vigueur prochaine de la nLPD, laquelle tient compte des développements en droit européen¹⁴, ne modifie pas ce constat.

⁸ *Ibidem*.

⁹ DENG (n. 7), p. 1 ; D. GABEL, art. 46 RGPD, in : J. Taeger/D. Gabel (édit.), DSGVO – BDSG, 3e éd., Francfort 2019, N 17.

¹⁰ Orientierungshilfe des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg vom 25.8.2020: Was jetzt in Sachen internationaler Datentransfer?, in : <<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/08/LfDI-BW-Orientierungshilfe-zu-Schrems-II.pdf>> (consulté le 12.2.2021), p. 4.

¹¹ A. EPINEY/N. FREI, Die Datenschutzgrundverordnung : Grundsätze und ausgewählte Aspekte, p. 11 s., in : A. Epiney/S. Rovelli (édit.), Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences, Zurich 2020.

¹² Communiqué du Conseil fédéral du 11.1.2017 sur « Bouclier de protection Suisse-États-Unis » : meilleure protection pour les données transférées aux États-Unis, in : <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-65210.html>> (consulté le 19.2.2021).

* *Erratum* : l'édition imprimée et publiée sur SWISSLEX mentionne « pour les citoyens de l'UE ».

¹³ Prise de position du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 8.9.2020 sur la transmission de données personnelles vers les États-Unis et d'autres États n'offrant pas un niveau adéquat de protection des données au sens de l'art. 6, al. 1 LPD, in : <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/64259.pdf>> (consulté le 19.2.2021).

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 15.9.2017 concernant la révi-

II. Fondements des transferts post-Schrems II

A. Clauses contractuelles types

Puisqu'il est impossible de se prévaloir de la décision d'adéquation, les clauses contractuelles types (ci-après « SCC » pour « Standard Contractual Clauses ») représentent une alternative potentielle. Ce sont des dispositions adoptées (art. 46 par. 2 let. c RGPD) ou approuvées (art. 46 par. 2 let. d RGPD) par la Commission et intégrées au contrat liant l'importateur et l'exportateur de données personnelles¹⁵.

L'usage des SCC dépend d'une double-analyse détaillée de chaque transfert¹⁶. L'exportateur des données doit d'abord s'assurer que la relation verticale liant l'importateur et l'État tiers permette l'exercice de droits opposables et offre des voies de droit effectives¹⁷. Si tel n'est pas le cas, la relativité du contrat empêchera généralement de se reposer uniquement sur les SCC pour légitimer le transfert¹⁸.

Par contre, si la relation verticale est jugée satisfaisante, il faudra ensuite étudier la relation horizontale liant l'importateur et l'exportateur¹⁹. L'emploi des SCC, éventuellement complétées par d'autres mécanismes contractuels ou techniques, représente un des moyens de se conformer à l'art. 46 par. 1 RGPD.

Partant, les données transférées sur la base des SCC seront suffisamment protégées si les relations verticales et horizontales présentent des garanties appropriées²⁰. Nonobstant ce constat, le degré de vérification requis pour chaque transfert nuit à la fluidité des échanges et donc à l'économie. Il est par conséquent peu probable que cette solution soit satisfaisante sur le long terme.

sion totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 p. 6620.

¹⁵ GABEL (n. 9), art. 46 RGPD N 8 et 18.

¹⁶ Recommendations 01/2020 of the European Data Protection Board adopted on 10.11.2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, in : <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_recommendations_202001_supplementarymeasurestransferstools_en.pdf> (consulté le 22.2.2021 ; ci-après « Recommendations EDPB »), N 29.

¹⁷ *Idem*, N 30 ss.

¹⁸ Recommendations EDPB, N 48 ; E. JACOT-Guillarmod, Schrems II : Validation des clauses types (2/2), in : <[lawinside.ch/950/](https://www.lawinside.ch/950/)>, 14.08.2020 (consulté le 12.2.2021).

¹⁹ Recommendations EDPB (n. 16), N 44.

²⁰ *Idem*, N 51.

B. Règles d'entreprise contraignantes

Les règles d'entreprise contraignantes (ci-après « BCR » pour « Binding Corporate Rules ») (art. 46 par. 2 let. b et 47 RGPD) constituent également une possible alternative à la décision d'adéquation. Ce sont des règles qui valent au sein d'un groupe d'entreprises et qui consacrent le code de conduite global dudit groupe en matière de protection des données personnelles²¹. Par nature, elles sont donc utiles pour les groupes qui transfèrent des données personnelles entre leurs différentes entités (p.ex. : de la société fille Facebook Ireland Ltd. vers la société mère Facebook Inc.) en permettant d'assurer une certaine uniformité entre la société mère et ses filles²².

Cependant, à l'instar de ce qui prévaut pour les SCC (supra II/A), Schrems II vient limiter leur portée pratique. En effet, les BCR n'interviennent que dans la relation horizontale et ne sont dès lors pas toujours en mesure de palier à une insuffisance de la relation verticale²³. C'est pourquoi, seule une analyse analogue à celle qui est nécessaire pour les SCC (supra II/A) permettra de déterminer si les BCR peuvent légitimer (seules) un transfert hors de l'UE²⁴.

C. Consentement

Le RGPD prévoit des dérogations particulières permettant de transférer des données en dépit de l'insuffisance de niveau de protection. L'un des motifs principaux est l'existence d'un consentement (art. 49 par. 1 let. a RGPD).

L'existence d'un consentement est néanmoins subordonnée au respect de plusieurs exigences. En sus du caractère explicite, il doit être libre et éclairé (art. 4 ch. 11 et art. 49 par. 1 let. a RGPD). Le transfert est donc illicite lorsque la personne concernée n'est pas suffisamment informée des risques²⁵ ou qu'elle est contrainte d'accepter un traitement pour bénéficier d'un service dont la fourniture ne requerrait pourtant pas ce traitement²⁶.

²¹ M. GUFFLET, Les Binding Corporate Rules comme démonstrateur de conformité à la législation en matière de protection des données personnelles, in : A. Epiney/D. Nüesch (édit.), La mise en oeuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données, Zurich 2015, p. 57.

²² *Idem*, p. 57 s.

²³ DENG (n. 7), p. 1.

²⁴ Recommendations EDPB (n. 16), N 57 s.

²⁵ GABEL (n. 9), art. 49 RGPD, N 4.

²⁶ P. SCHANTZ, art. 49 RGPD, in : S. Simitis/G. Hornung/I. Spie-

cker genannt Döhmman (édit.), Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019, N 16.

D. Solutions techniques

Il sied de noter que d'autres écueils compliquent la situation. Un nouveau consentement est nécessaire lors de chaque transfert ou chaque ensemble de transferts déterminé²⁷ et il peut être retiré en tout temps (art. 7 par. 3 RGPD). Enfin, le caractère exceptionnel des fondements prévus par l'art. 49 RGPD ne convient pas aux situations où les flux de données sont continus²⁸.

Les autres possibilités mentionnées par l'art. 46 par. 2 RGPD ne seront pas approfondies dans la présente publication. Il nous semble par contre opportun de noter que les garanties appropriées ne doivent pas nécessairement être juridiques, mais peuvent également être de nature technique²⁹. Seules ou combinées à des mesures organisationnelles ou contractuelles, des solutions telles que le cryptage, l'anonymisation et la pseudonymisation peuvent être en mesure de faire échec à la surveillance de masse et ainsi de répondre aux manquements constatés par la CJUE³⁰.

Il convient toutefois de constater que ces solutions techniques ne sont utiles que dans un nombre restreint de circonstances. Pratiques lorsque les données ne sont transférées qu'à des fins de stockage, elles ne le sont pas quand l'importateur doit y accéder en clair, ce qui est notamment le cas pour la fourniture d'un service (p.ex. : trouver des documents en tapant des mots-clés dans la barre de recherche)³¹.

III. Perspectives

A. Restructuration des groupes de société

Face aux difficultés que présentent les alternatives à la décision d'adéquation (supra II), certains groupes de société pourraient décider de fournir les services à destination de l'UE directement depuis le territoire européen³². Cette solution présente l'avantage d'éviter

²⁷ *Idem*, art. 49 RGPD, N 15.

²⁸ *Idem*, art. 49 RGPD, N 7.

²⁹ Recommendations EDPB (n. 16), N 72.

³⁰ P. FISCHER, Schrems II ou la quadrature du cercle, in : <swiss-privacy.law/17/>, 18.10.2020 (consulté le 12.2.2021), sec. « Et maintenant ? ».

³¹ *Ibidem*.

³² C. GALETZKA/K. RODLER, Goodbye Safe Harbor USA ? –

les incertitudes entourant désormais l'application du Chapitre V du RGPD.

Néanmoins, cela n'induit pas nécessairement une meilleure protection des données personnelles. Pour que celle-ci soit réellement renforcée, il faudrait conclure que le droit américain ne s'applique pas à la société fille sise en Europe, ce qui est douteux, notamment suite à l'adoption du Clarifying Lawful Overseas Use Of Data Act en 2018³³.

B. Conclusion de nouveaux accords

En l'absence de solution durable, la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ouvrant la voie à l'adoption d'une décision d'adéquation (art. 45 RGPD) est inévitable. Néanmoins, l'absence de conception commune constitue un obstacle insurmontable³⁴. En d'autres termes, il convient de déterminer si et de quelle manière les bénéfices tirés du traitement des données priment sur les droits de la personnalité des personnes concernées.

En ce sens, la Convention 108+ est une solution intéressante. Dans l'hypothèse où des États non-membres du Conseil de l'Europe adhèrent à cet instrument et conforment leur ordre juridique à leur engagement international, il devrait y avoir une conception commune conciliant la circulation des données personnelles avec la protection des personnes concernées³⁵.

Conclusion

L'arrêt Schrems II est d'importance majeure dans le domaine de la protection des données car il précise le régime applicable au transfert de données personnelles hors de l'UE (supra I/B) et de la Suisse (supra I/C). Bien qu'il ne crée pas de vide juridique, l'absence de décision d'adéquation implique que l'exportateur procède constamment à une analyse des relations verticales et horizontales ou qu'il dispose d'un autre

fondement autorisant le transfert (supra II). Une certaine incertitude est donc générée.

Au vu de ces difficultés, la conclusion d'un accord international est indispensable. Toutefois, cet accord ne sera réellement en mesure d'atténuer la sécurité juridique existante que s'il repose sur une conception commune de la protection des données (supra III). Dans l'attente d'une telle solution, les transferts restent possibles, mais il convient de faire preuve de diligence.

Datentransfer in die USA nach der Safe Harbor-Entscheidung des EuGH, CB 2015, p. 473.

³³ O. TAMBOU, Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel, Bruxelles 2020, p. 340 s.

³⁴ B. COTTIER, Gouvernance d'Internet : Protection de la vie privée et des données personnelles, SRIEL 2016, p. 256 et 258 ss.

³⁵ C. DE TERWAGNE, La Convention 108+ du Conseil de l'Europe : traité international modernisé pour la protection des données à caractère personnel, p. 41, in : A. Epiney/S. Rovelli (édit.), Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences, Zurich 2020.

Les exigences démocratiques de l'art. 51 al. 1 Cst. : les parlements et gouvernements cantonaux

Leo Tiberghien (MLaw, Université de Fribourg)

Dieser Beitrag steckt den Spielraum ab, über den die Kantone im Rahmen von Art. 51 Abs. 1 BV bei der Ausgestaltung ihres demokratischen Systems verfügen, bezüglich ihrer Parlamente und Regierungen. Nach einer Erläuterung der rechtlichen Grundlagen der kantonalen Staatsgewalt, befasst sich LEO TIBERGHIEIN mit der Gewaltenteilung sowie mit der Wahl und der Zusammensetzung von kantonalen Behörden. Der Autor kritisiert dabei den Spielraum, der den Kantonen von Bundesbehörden und der herrschenden Lehre zugestanden wird. Seiner Ansicht nach verlangt das in Art. 51 Abs. 1 1. Satz BV verankerte Demokratieprinzip in erster Linie, dass sich die kantonale Staatsgewalt stets auf den Volkswillen abstützt und bei der Zusammensetzung dieser Gewalt das Prinzip der politischen Gleichheit respektiert wird.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Aux termes de l'art. 51 al. 1, 1^{ère} phr. Cst., « chaque canton se dote d'une constitution démocratique ». Cette disposition s'inscrit dans la continuité de la tension existant entre autonomie cantonale et exigences fédérales : d'une part, les cantons sont au bénéfice de l'autonomie constitutionnelle, d'autre part, dans l'exercice de celle-ci, ils sont confrontés à des limites imposées par la Constitution fédérale. Dans ce contexte, ladite disposition énonce le principe démocratique, sans toutefois le définir. Au travers de ce prisme, nous examinerons la marge de manœuvre laissée aux cantons en ce qui concerne leur parlement et leur gouvernement.

I. L'origine des pouvoirs étatiques cantonaux : la souveraineté populaire

Avant tout, le principe démocratique signifie que la puissance publique doit trouver son fondement dans le *demos*¹. Il traduit ainsi l'idée selon laquelle le peuple seul est amené à définir la vie, les intérêts et les règles de la communauté politique. Ce rattachement du pouvoir au peuple peut être direct ou indirect². C'est ce que traduisait plus distinctement l'art. 6 al. 2 let. b aCst., lequel exigeait des constitutions cantonales « [q]u'elles assurent l'exercice des droits politiques d'après des formes républicaines – représentatives ou démocratiques »³. Le principe démocratique commande ainsi l'attribution du pouvoir législatif au peuple (démocratie directe) ou à un parlement élu au suffrage universel direct (démocratie représentative)⁴.

La Constitution fédérale se satisfait d'un régime purement représentatif, lequel exclurait toute initiative ou référendum législatifs cantonaux – il en va différemment de la constitution cantonale elle-même, dont l'acceptation et la révision populaires sont requises par l'art. 51 al. 1, 2^{ème} phr. Cst.⁵. L'élection du gouvernement cantonal peut de même être tant

¹ K. PEROLINI, Die Anforderung der Bundesverfassung an die Staatsform der Kantone (Art. 6 BV), thèse, Berne 1957, p. 20 ; J.-F. AUBERT, art. 71, in : J.-F. Aubert/K. Eicheberger/J. P. Müller/R. A. Rhinow/D. Schindler (édit.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Bâle 1987, N 23.

² E. M. BELSER/N. MASSÜGER, Art. 47, in : B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (édit.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Bâle 2015, N 19 (ci-après « BSK-BV BELSER/MASSÜGER, art. »).

³ Cf. J.-F. AUBERT, Traité de droit constitutionnel Suisse, Vol. I et II, Paris/Neuchâtel 1967 et Supplément 1967 – 1982, Neuchâtel 1982, N 571.

⁴ V. MARTENET, L'autonomie constitutionnelle des cantons, thèse, Genève 1999, p. 348 ; Z. GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 1941, p. 27.

⁵ J.-F. AUBERT, art. 51, in : J.-F. Aubert/P. Mahon (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 5 s.

directe que parlementaire⁶. Le principe démocratique ne constitue toutefois qu'un standard démocratique minimal et les cantons prévoient tous davantage de droits populaires⁷.

II. L'organisation des pouvoirs étatiques cantonaux : la séparation des pouvoirs

A. Le rôle de la séparation des pouvoirs

Le Conseil fédéral et la majorité de la doctrine déduisent du caractère démocratique d'une constitution son respect de la séparation des pouvoirs⁸. Selon l'acception classique de cette dernière, les cantons seraient tenus de se doter d'organes parlementaire, gouvernemental et judiciaire, indépendants sur les plans personnel et organisationnel, et qui exercent des fonctions législatives, exécutives et judiciaires distinctes⁹.

Cette opinion n'est pas convaincante. La consécration de la séparation des pouvoirs en tant que composante du principe démocratique relève d'une mécompréhension de sa portée en droit suisse¹⁰. La confusion repose en partie sur l'interprétation de la jurisprudence du TF. En effet, celui-ci a pu confirmer à diverses reprises la nature de principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs¹¹. Cependant, il n'impose pas par ce biais une certaine organisation de l'État cantonal. Au contraire, le TF précise que « [ce] principe protège une répartition des compétences conforme à la Constitution [cantonale]. Le droit

public cantonal détermine en premier lieu quelle autorité est compétente et dans quel domaine »¹².

Force est de constater qu'avant les années nonantes, ni le Conseil fédéral ni la doctrine ne mentionnaient la séparation des pouvoirs au titre d'exigence imposée aux constitutions cantonales¹³. Ils estimaient au contraire que l'organisation juridique de la séparation des pouvoirs « appartient au domaine de l'autonomie dont jouissent les cantons »¹⁴. Son volet personnel a ainsi été régulièrement battu en brèche par différentes constitutions cantonales, sans que le Conseil fédéral¹⁵ ou le TF¹⁶ ne fassent montre de réticences. À cela s'ajoute que la séparation des pouvoirs ne connaît pas de définition fonctionnelle en droit fédéral¹⁷. Bien plutôt, le TF souligne que celle-ci revient aux cantons¹⁸. La séparation des pouvoirs est dès lors dépourvue d'utilité en tant qu'exigence démocratique.

En somme, le principe démocratique ne revêt pas en soi de forme institutionnelle strictement définie. Pour autant, la séparation des pouvoirs n'est pas absente de la conception démocratique suisse. D'abord, la Constitution fédérale requiert déjà l'institution de deux organes politiques, le corps électoral et le parlement élu par celui-là au suffrage universel (art. 51 al. 1, 1^{ère} phr. Cst.), et un organe judiciaire indépendant (art. 30 et 191c Cst.). Ensuite, la séparation des pouvoirs joue un rôle en ce qu'elle vise à préserver la répartition des compétences prévue entre les organes que le constituant cantonal

⁶ A. M. TÖNDURY, *Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie – Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV*, thèse, Zurich 2003, p. 271.

⁷ Pour un tableau récent : A. AUER, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Berne 2016, N 125.

⁸ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 221 ; cf. p. ex. BSK-BV BELSER/MASSÜGER (n. 2), art. 51, N 34 ; G. BIAGGINI, *Kommentar – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^{ème} éd., Zurich 2017, N 12 ; T. JAAG, *Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrecht*, in : O. Diggelmann/M. Hertig Randall/B. Schindler (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Zurich 2020, p. 116.

⁹ W. HALLER/A. KÖLZ/T. GÄCHTER, *Allgemeines Staatsrecht – Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre*, 5^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, N 645.

¹⁰ Du même avis : AUER (n. 7), N 586.

¹¹ ATF 130 I 1, c. 3.1 ; ATF 128 I 113 c. 2c.

¹² ATF 130 I 1, c. 3.1.

¹³ Cf. p. ex. PEROLINI (n. 1), p. 20 ; W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3^{ème} éd., Berne 1931, p. 100 s. ; E. GRISEL, *Traité de droit administratif*, Vol. I, Neuchâtel 1984, p. 163.

¹⁴ P. ex. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Appenzell Rhodes-Intérieures et Valais du 9 mai 1973, FF 1973 I 1385 ss.

¹⁵ P. ex. Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la garantie à accorder à la nouvelle Constitution du canton d'Appenzell Rh. Int. du 11 décembre 1872, FF 1872 III 832 ss, p. 832 s. ; Message du Conseil fédéral concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Glaris, de Soleure, d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Saint-Gall et du Valais du 2 novembre 1994, FF 1995 I 957 ss, p. 965.

¹⁶ P. ex. art. 26 Cst./SH et ATF 118 Ia 282, c. 3c ; ATF 123 I 97, c. 5.

¹⁷ P. ex. Conseil fédéral 1994 (n. 15), p. 965 ; TÖNDURY (n. 6) p. 220 ; MARTENET (n. 4), p. 290.

¹⁸ ATF 130 I 1, c. 3.1.

a (librement) institués¹⁹. Selon le TF, elle « interdit à un organe de l'État d'empiéter sur les compétences d'un autre organe »²⁰. Si le principe démocratique présuppose la séparation des pouvoirs, celle-ci se réduit à une émanation du principe de la légalité : elle n'intervient qu'une fois les pouvoirs répartis et se limite au respect de cette répartition²¹.

B. Le régime politique

A fortiori, l'autonomie cantonale couvre le choix du régime politique. Les cantons sont habilités à établir un régime parlementaire, lequel prévoit l'élection du gouvernement par le parlement et la responsabilité du premier devant le second, par le biais de mécanismes de dissolution, de démission ou de censure²². À l'inverse, les cantons sont également libres d'instaurer un système présidentiel, d'une part en instituant une chef-fe d'État élu-e par le peuple, qui choisit alors son gouvernement, et d'autre part en appliquant de façon stricte le principe de séparation des pouvoirs²³.

III. La constitution des autorités cantonales : l'égalité politique

A. Le parlement cantonal

1. La composition du corps électoral

Le principe démocratique ancré à l'art. 51 al. 1, 1^{ère} phr. Cst. ne s'épuise néanmoins pas dans la souveraineté populaire. En effet, l'égalité politique – y compris l'égalité de vote – en constitue une composante essentielle²⁴. Garantie par la lecture conjointe de l'art. 51 al. 1, 1^{ère} phr. et des art 8 et 34 Cst., elle joue un rôle majeur en matière d'élection et de composition des autorités cantonales.

¹⁹ A. AUER, Quelques remarques sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges, RDAT 1986 p. 195 ss, N 5.

²⁰ ATF 134 I 322, c. 2.2.

²¹ A. AUER, Ungereimtes im schweizerischen Verfassungsrecht – Incongruités constitutionnelles helvétiques, ZRS 2013 I p. 419 ss, N 19.

²² BSK-BV BELSER/MASSÜGER (n. 2), art. 51, N 35 ; MARTENET (n. 4), p. 388.

²³ BIAGGINI (n. 8), N 12 ; MARTENET (n. 4), p. 389.

²⁴ Cf. art. 6 al. 2 let. b aCst. ; AUBERT (n. 3), N 570 ; BSK-BV BELSER/MASSÜGER (n. 2), art. 51, N 27 ; S. GRODECKY, Le corps électoral dans les cantons et les communes, in : O. Diggelmann/M. Hertig Randall/B. Schindler (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, vol. I, Zurich 2020, p. 1788.

Il en découle notamment que le parlement est élu au suffrage universel direct et égal²⁵. Le corps électoral ne correspond cependant pas à la population et les cantons peuvent et doivent le définir (art. 39 al. 1 Cst.). Toute exclusion dudit corps électoral doit alors reposer sur un motif objectif et pertinent²⁶. À titre d'exemples, les cantons ne peuvent discriminer entre Suissesses et Suisses²⁷. Ils sont toutefois habilités à n'octroyer les droits politiques qu'aux citoyen-ne-s suisses – ou à garantir le vote des étranger-ère-s²⁸. Les art. 37 al. 2 et 39 al. 2 Cst. interdisent en revanche de subordonner le droit de vote à l'indigénat cantonal. Les cantons sont encore autorisés à exclure les personnes incapables de discernement²⁹. Ils peuvent finalement abaisser ou élever le seuil d'âge minimal³⁰, mais non pas fixer d'âge maximal³¹.

Certaines réglementations cantonales doivent être critiquées au regard de l'égalité politique. C'est d'abord le cas lorsque les cantons excluent les personnes incapables de discernement et/ou sous curatelle de portée générale. Cette pratique contrevient par ailleurs à l'art. 29 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2013³². Il en va ensuite de même du refus du droit de vote aux personnes étrangères³³. Un régime démocratique appelle en effet à ce que toute personne qui contribue aux efforts d'une communauté et qui est soumise à ses règles puisse participer de façon égale à la vie politique de ladite communauté³⁴. La nationalité et l'incapacité de discernement et/ou une curatelle de portée générale ne constituent pas des motifs propres

²⁵ Cf. Conseil fédéral (n. 8), p. 221 ; AUER (n. 7), N 148.

²⁶ GRODECKY (n. 24), p. 1788.

²⁷ ATF 116 Ia 359.

²⁸ GIACOMETTI (n. 4), p. 186 s. ; J. DUBEY, Droits fondamentaux – Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2017, N 4995.

²⁹ Cf. p. ex. art. 39 Cst./FR et 2b al. 1 LEDP/FR.

³⁰ P. ex. art. 56 al. 1 Cst./GL.

³¹ Rapport du Conseil fédéral sur les limites d'âge en vigueur dans les cantons et les communes pour les membres des organes exécutifs et législatifs du 21 avril 2004, FF 2004 1957 ss.

³² Cf. Comité des droits des personnes handicapées, Communication no 4/2011 du 9 septembre 2013, § 9.4.

³³ A ce propos : T. TANQUEREL, Les électeurs étrangers, in : L. Heckendorn Urscheler/A. Peters (édit.), Rapports suisses présentés au XVIIIe Congrès international de droit comparé, Zurich 2010, p. 179 ss.

³⁴ Cf. not. P. MAHON/B. PULVER, Droits politiques des étrangers et constitutions cantonales : l'exemple de Neuchâtel, RDAF 2001 p. 197 ss, N 38.

à fonder une telle distinction normative. Néanmoins, ces exclusions reflètent l'état des droits politiques au niveau fédéral³⁵ et les autorités fédérales s'en accommodent³⁶. Dès lors, un changement de pratique de l'art. 51 al. 1 Cst. est peu probable. La question demeurera avant tout politique.

2. La désignation des parlementaires

L'égalité et la liberté de vote couvrent ensuite tant le droit d'élire que le droit d'être élu-e³⁷. Les cantons sont néanmoins libres de prévoir des conditions plus restrictives pour la citoyenneté passive qu'active³⁸. A titre d'exemples, les cantons ont introduit des limites d'âges inférieures et/ou supérieures³⁹ – même si elles sont plus difficilement admissibles aujourd'hui⁴⁰ –, des cas d'incompatibilités⁴¹, des obligations de récusation⁴², ou encore des quotas – à propos desquels le TF fait toutefois preuve de (trop) grandes réticences⁴³.

Au-delà de titularité du vote, l'égalité de vote se décline également en tant qu'égalité de valeur des votes⁴⁴. En filigrane se trouve l'idée selon laquelle chaque siège doit correspondre à une part similaire des représenté-e-s. À ce titre, elle détermine notamment l'organisation du système électoral. Les cantons conservent néanmoins une certaine marge de manœuvre. Conformément à la jurisprudence du TF, ils peuvent ainsi choisir le mode de scrutin – majoritaire, proportionnel ou mixte⁴⁵. Cette jurisprudence est toutefois à raison remise en question par une partie de la doctrine. En effet, le scrutin majoritaire constitue une entorse à l'égalité d'influence des votes et fausse la représentation⁴⁶.

³⁵ Cf. art. 136 Cst. et 2 LDP.

³⁶ Cf. p. ex. Message du Conseil fédéral concernant la garantie des constitutions révisées des cantons de Schwyz, de Zoug, de Fribourg, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne et d'Appenzell Rhodes-Intérieures, FF 2018 7719 ss.

³⁷ DUBEY (n. 28), N 5197 s.

³⁸ MARTENET (n. 4), p. 363.

³⁹ P. ex. l'art. 78 al. 5 aCst./GL ; art. 56 al. 1 et 57 al. 2 Cst./GL.

⁴⁰ Conseil fédéral (n. 31), p. 1957 ss.

⁴¹ ATF 114 Ia 395, c. 3 ; DUBEY (n. 28), p. 5201 ; MARTENET (n. 4), p. 366.

⁴² ATF 123 I 97, c. 5 ; ATF 125 I 289, c. 6.

⁴³ ATF 123 I 152, c. 3 ss ; cpdt. ATF 125 I 21, c. 7.

⁴⁴ DUBEY (n. 28), N 5010.

⁴⁵ ATF 140 I 394, c. 10.2.

⁴⁶ A. KÖLZ, Probleme des kantonalen Wahlrechts – Darstellung und kritische Betrachtung der Gesetzgebung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBl 1987, p. 37 ; TÖNDURY

Finallement, si les cantons optent pour un scrutin proportionnel, la jurisprudence du TF relative aux cercles électoraux se montre stricte⁴⁷.

3. L'organisation institutionnelle du parlement

En ce qui concerne l'organisation institutionnelle du parlement, il convient de souligner que l'égalité de vote s'oppose au bicaméralisme et à la création d'une structure fédérative au sein des cantons. Si le principe démocratique s'accommode d'une démocratie représentative, il suppose en effet un organe représentant le peuple⁴⁸.

B. Le gouvernement cantonal

Les cantons sont au bénéfice d'une marge de manœuvre accrue en ce qui concerne l'élection et la composition du gouvernement. Il convient de relever les particularités suivantes. D'abord, l'élection du gouvernement peut être indirecte. L'affirmation des principes électif et égalitaire excluent toutefois un régime monarchique ou aristocratique⁴⁹. En cas d'élection directe, les cantons sont libres de choisir le mode de scrutin⁵⁰. De façon générale, il est admis que la composition de l'exécutif est centrée sur la personne élue ; la logique de représentation notamment géographique demeure une exception⁵¹. En ce qui concerne l'égalité et la citoyenneté passive, les cantons peuvent également prévoir des limitations plus incisives⁵². Cela étant, le mandat du gouvernement demeure politique et il n'y a dès lors pas de raisons de s'écarter de façon sensible de ce qui vaut pour le parlement. Finallement, les gouvernements cantonaux prennent tous la forme d'organes collégiaux, mais une république présidentielle comprenant un-e chef-fe d'État est envisageable⁵³.

Conclusion

La Constitution fédérale et le principe démocratique réservent aux cantons une marge de manœuvre

(n. 6), p. 259.

⁴⁷ P. ex. ATF 136 I 376, c. 4.1.

⁴⁸ MARTENET (n. 4), p. 362.

⁴⁹ AUBERT (n. 3), N 570.

⁵⁰ AUER (n. 7), N 196 ss.

⁵¹ Cf. p. ex. art. 84 al. 2 Cst./JU ; TÖNDURY (n. 6), p. 276.

⁵² MARTENET (n. 4), p. 381.

⁵³ GIACOMETTI (n. 4), p. 364.

importante en ce qui concerne leur parlement et leur gouvernement. La définition concrète de cette marge de manœuvre par les autorités fédérales et la doctrine majoritaire prête le flanc à la critique. D'une part, celles-ci confèrent à la séparation des pouvoirs un rôle qui ne lui revient pas en droit suisse. D'autre part, elles font la part trop belle à l'autonomie cantonale lorsque celle-ci est exercée au détriment de l'égalité politique. KÖLZ souligne que le cœur des principes constitutionnels suisses réside dans la démocratie et l'égalité, et que la séparation des pouvoirs ne s'est

toujours vue accorder qu'un rôle accessoire⁵⁴. Le principe démocratique ancré à l'art. 51 al. 1, 1^{ère} phr. Cst. commande ainsi avant tout que les pouvoirs étatiques trouvent leur assise à l'endroit du peuple, et que la constitution des institutions qui l'exercent soit égalitaire.

⁵⁴ A. KÖLZ, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Berne 1992, p. 627.



B BOREL & BARBEY
AVOCATS 1907

JOIN THE TEAM

Information about our summer internship and our traineeship as a trainee lawyer in preparation of the Geneva bar exam on www.borel-barbey.ch

L'effet du privilège de recours sur le tiers non-privilegié et l'application de l'art. 51 al. 2 CO - État de la jurisprudence du TF

Angélique Marro (MLaw, Université de Fribourg)

Dieser Beitrag geht der Frage nach, was mit der Forderung des Sozialversicherers geschieht, wenn dieser in die Ansprüche der versicherten Person eintritt und sich mehreren Personen gegenüberfindet, von denen eine über ein Regressprivileg verfügt. Weiter wird der Ermessensspielraum des Gerichts bei der Aufteilung des Schadenersatzes im Innenverhältnis analysiert, insbesondere mit Blick auf die gesetzlich vorgesehene Rangordnung.

ANGÉLIQUE MARRO untersucht die genannten Fragen und legt anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichts Antworten vor. Die Autorin begrüsst die erfolgten Änderungen der Rechtsprechung, da mit diesen der Ermessensspielraum des Gerichts ausgeweitet wurde.

Abstract provided by the Editorial Board

Introduction

Le 1^{er} juillet 2020, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt présentant un intérêt tout particulier pour le droit de la responsabilité civile et le droit des assurances sociales. Le litige au cœur de cette affaire portait sur la question de la réduction de la créance de l'assureur social à l'encontre d'un tiers responsable non-privilegié, ainsi que sur celle de l'application de l'ordre des recours prévu par l'art. 51 al. 2 CO¹. Cette décision se situe dans le prolongement d'une autre affaire fondamentale qui avait déjà été tranchée par le Tribunal fédéral et dans laquelle il avait été amené à répondre à ces deux problématiques². Dans la présente contribution, il s'agira d'analyser ces deux thèmes à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

I. Les notions

A. La réduction de la créance de l'assureur social en présence d'un tiers non-privilegié

En vertu du principe de la subrogation de l'assureur social (art. 72 ss LPGA), lorsqu'une personne subit un dommage, ses droits à l'encontre de la personne responsable sont transférés à l'assureur social³. Ainsi, ce dernier pourra ouvrir action contre les tiers responsables à hauteur des prestations qu'il aura allouées au lésé⁴. Toutefois, lorsque le tiers responsable se trouve être l'employeur du lésé, l'art. 75 al. 2 LPGA prévoit une limitation du droit de recours de l'assureur. En effet, il pourra recourir contre l'employeur uniquement si ce dernier a provoqué le dommage intentionnellement ou par négligence grave (art. 75 al. 1 s. LPGA). C'est ce qu'on appelle le privilège de recours de l'employeur.

Lorsque plusieurs personnes ont causé un dommage mais que l'une d'entre elles est au bénéfice d'un privilège de recours, la question se pose de savoir ce qu'il advient de la créance de l'assureur social⁵. En effet, dans un tel cas de figure, l'assureur social subrogé sera obligé de se retourner contre le tiers non-privilegié, alors que ce dernier ne pourra pas se retourner contre son coresponsable puisqu'il jouit d'un privilège⁶. Le Tribunal fédéral a répondu à cette question dans un arrêt récent en admettant la réduction de la créance de l'assureur social envers le tiers non-privilegié de la

³ G. FRÉSARD-FELLAY, Intro. art. 72-75 LPGA, in : A. Dupont/M. Moser-Szeless (édit.), Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, N 1.

⁴ A. OVERNEY, Le recours subrogatoire de l'assureur social : questions posées par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in : A. Dupont/C. Müller (édit.), L'indemnisation du préjudice corporel – Questions pratiques et actualités en droit de la RC et des assurances sociales, Neuchâtel 2019, p. 107 ss, N 19.

⁵ OVERNEY (n. 4), N 45.

⁶ C. PEYTRIGNET, La subrogation de l'assureur social et l'effet du privilège de recours sur le responsable solidaire non-privilegié – Analyse au regard de l'ATF 143 III 79, Lausanne 2020, p. 13.

¹ TF, arrêt du 1.7.2020, 4A_397/2019, c. 3 s.

² ATF 144 III 319, c. 5 ss ; ATF 143 III 79, c. 3 ss.

part qui aurait dû être supportée par le tiers privilégié dans les rapports internes (*infra* II/B)⁷.

B. L'ordre des recours (art. 51 al. 2 CO)

Il arrive que plusieurs personnes soient appelées à répondre d'un même préjudice mais en vertu de causes juridiques distinctes (concours d'actions). Dans un tel cas, l'art. 51 CO prévoit le recours du responsable qui a indemnisé le lésé contre ses coresponsables (rapports internes)⁸. En renvoyant à l'art. 50 al. 2 CO, l'art. 51 al. 1 CO laisse la question de la répartition interne du dommage à la libre appréciation du juge. Pour établir cette répartition, le juge est tenu de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment les facteurs qui fondent la responsabilité des coresponsables et la gravité de leurs fautes⁹. L'art. 51 al. 2 CO donne toutefois certaines directives au juge en instituant un ordre des recours. En effet, l'art. 51 al. 2 CO instaure une hiérarchie entre trois groupes de responsables selon le fondement de leur responsabilité. Le dommage est premièrement supporté par les responsables qui commettent un acte illicite fautif (art. 41 CO), deuxièmement par les responsables contractuels (art. 97 et 101 CO) et troisièmement par ceux qui répondent sur la base d'une responsabilité causale (notamment art. 55, 56 et 58 CO, art. 333 CC).

II. La jurisprudence du Tribunal fédéral

A. L'affaire de l'accident de camion (ATF 113 II 323)¹⁰

1. En fait

Un conducteur de camion est décédé après être entré en collision avec un train routier se trouvant à l'arrêt à l'entrée d'un tunnel. La veuve du camionneur actionne la compagnie d'assurance responsabilité civile de l'entreprise propriétaire du train routier en paiement de dommages-intérêts et de tort moral.

⁷ ATF 143 III 79, c. 3 ss.

⁸ F. WERRO/V. PERRITAZ, La pluralité des responsables : nouvelles conceptions et changement de jurisprudence, in : G. Bovey/B. Chappuis/L. Hirsch (édit.), *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 279 ss, N 9.

⁹ F. WERRO, *La responsabilité civile*, 3^{ème} éd., Berne 2017, N 1771.

¹⁰ Rés. JdT 1988 I 693.

2. En droit

Dans cet arrêt antérieur à l'entrée en vigueur de la LPGA, le Tribunal fédéral a tranché pour la première fois la question de la réduction de la créance d'un lésé en présence d'un tiers non-privilégié¹¹. Il a admis que le lésé, à savoir la veuve du camionneur, pouvait réclamer l'entier de son préjudice au responsable non-privilégié, à savoir la compagnie d'assurance responsabilité civile¹². Le fait que cette dernière ne puisse pas exercer de recours en interne contre l'employeur du conducteur de camion en raison de son privilège de responsabilité n'avait pas été jugé choquant par le Tribunal fédéral¹³.

Toutefois, il est important de préciser qu'au moment des faits, le privilège de l'employeur était un privilège de responsabilité (art. 129 LAMA¹⁴) et non un privilège de recours comme c'est le cas actuellement. Ainsi, le lésé ne pouvait pas non plus recourir contre le tiers responsable privilégié pour la partie du dommage non couverte par les prestations d'assurances sociales. Il nous paraît donc sensé que le Tribunal fédéral ait permis au lésé d'obtenir l'entière réparation de son préjudice auprès du responsable non-privilégié.

B. L'affaire de l'explosion de la conduite de gaz (ATF 143 III 79¹⁵ et ATF 144 III 319¹⁶)

1. En fait

Une société est chargée de l'assainissement et de l'étanchéité d'un réseau de canalisations des eaux usées. Un employé de cette société allume une cigarette alors qu'il se trouvait dans un puits de contrôle des eaux usées. Des résidus de gaz se trouvant dans ce puits prennent feu et causent des brûlures à l'employé en question. Les assurances sociales octroient des prestations au lésé pour un montant de plus d'un million de francs. Elles se retournent ensuite contre l'assureur

¹¹ ATF 113 II 323, c. 2, JdT 1988 I 693.

¹² ATF 113 II 323, c. 2, JdT 1988 I 693 ; OVERNEY (n. 4), N 46 ; B. KLETT/D. MÜLLER, art. 75 LPGA, in : G. Frésard-Felley/B. Klett/S. Leuzinger (édit.), *Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts*, Basler Kommentar, Bâle 2020, N 42.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accident, abrogée le 18 mars 1994 (RO 28 351).

¹⁵ Rés./trad. REAS 2018, p. 145.

¹⁶ Rés./trad. A. TOLOU, La répartition de la responsabilité selon l'art. 51 al. 2 CO, in : <www.lawinside.ch/700/>.

responsabilité civile du propriétaire de la conduite de gaz pour lui demander le remboursement des prestations versées (cf. art. 72 al. 4 LPGA et 37 al. 1 LITC).

2. En droit

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral considère que le privilège de recours de l'employeur devrait être traité comme une circonstance permettant la réduction de la créance de l'assureur au sens de l'art. 44 al. 1 CO¹⁷. Cette réduction devrait correspondre à la part interne qui, en l'absence de privilège, aurait été supportée par l'employeur¹⁸. Il relève que la justification du privilège de recours de l'employeur est que celui-ci paye des primes à l'assureur¹⁹. Il serait donc injuste que l'assureur social puisse exercer son droit de recours de manière intégrale à l'encontre du responsable non-privilegié puisqu'il se trouverait enrichi²⁰. Le Tribunal fédéral renvoie donc la cause à l'instance cantonale, pour que celle-ci détermine la part interne qui incomberait à l'employeur sans privilège de recours.

L'affaire finit par remonter devant notre Haute Cour qui doit cette fois juger de l'application de l'art. 51 al. 2 CO²¹. En effet, suite à l'arrêt du Tribunal fédéral²², l'instance cantonale avait réparti la responsabilité entre les responsables en appliquant strictement l'art. 51 al. 2 CO²³. Il considère que cet ordre de recours ne doit pas être appliqué mécaniquement comme l'a fait l'instance cantonale, mais que le juge doit plutôt s'en écarter en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce, notamment en fonction du but des dispositions instaurant une responsabilité²⁴. Dans le cas d'espèce, une application stricte de l'art. 51 al. 2 CO mènerait à exclure la responsabilité du propriétaire de la conduite de gaz puisque celui-ci se trouve en troisième ligne (responsabilité causale, cf. art. 33 LITC). Le Tribunal fédéral considère qu'une telle situation n'est pas justifiée. Il est évident que le propriétaire de la conduite est tenu de supporter au moins une part de la responsabilité en raison du risque inhérent à l'exploitation d'une conduite de

gaz²⁵. De son côté, l'employeur doit tout de même supporter une part de responsabilité puisqu'il n'a pas correctement instruit son employé²⁶. Ainsi, les deux coresponsables répondent du dommage, chacun pour moitié²⁷.

Avant cet arrêt, le Tribunal fédéral faisait une application très stricte de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO, quand bien même il rappelait qu'une dérogation à cet ordre était envisageable²⁸. C'est dans cet arrêt de 2018 qu'il a, pour la première fois, posé et appliqué le principe du caractère non absolu de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO. Selon nous, ce revirement de jurisprudence est louable puisqu'il prend en considération les circonstances particulières qui justifieraient la non-application de l'art. 51 al. 2 CO. Ainsi, l'équité prime sur une application mécanique de la loi.

C. L'affaire de la chute de l'employé (TF 4A_397/2019²⁹)

1. En fait

Une société anonyme loue un entrepôt afin de pouvoir y travailler. Dans le dessein de procéder à un nettoyage, le directeur ainsi qu'un employé temporaire de cette société ont détaché une grille métallique se situant sur le sol de l'entrepôt. Sous cette dernière se trouvaient des plaques de polystyrène non-porteuses servant à empêcher certains courants d'air venant du sous-sol.

Un employé de la société tente de traverser les plaques de polystyrène non-porteuses, endroit où la grille avait été enlevée. Les plaques de polystyrène n'ayant pas résisté sous son poids, il passe au travers et fait une chute d'environ quatre mètres avant d'atterrir sur le sol de l'étage inférieur. Cette chute lui provoque de graves blessures. Suite à cet accident, les assureurs sociaux lui versent des prestations en se basant sur un taux d'invalidité de 100%. Ils introduisent ensuite une action en paiement à hauteur de 850'000 CHF à l'encontre du propriétaire de l'entrepôt. Les tribunaux cantonaux rejettent toutefois l'action. Suite à ces rejets, les assureurs

¹⁷ ATF 143 III 79, c. 6.1.3.2.

¹⁸ *Idem*, c. 6.2.1.

¹⁹ *Idem*, c. 6.1.3.3.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ATF 144 III 319, c. 5 ss.

²² ATF 143 III 79, c. 3 ss.

²³ HGer (ZH), arrêt du 8.11.2017, HG160226-O, c. 5 ss.

²⁴ ATF 144 III 319, c. 5.

²⁵ *Idem*, c. 5.5.3.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Voir notamment ATF 116 II 645, c. 3b, JdT 1991 II 645 ; ATF 56 II 396, c. 2 ; ATF 47 II 408, c. 4 ; ATF 45 II 638, c. 2.

²⁹ Rés./trad. REAS 2020, p. 378 ; voir ég. A. NUSSBAUMER, La prétention récursoire de l'assurance sociale en présence d'un responsable privilégié, in : <www.lawinside.ch/940/>.

introduisent un recours devant le Tribunal fédéral.

2. En droit

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral confirme en premier lieu que le privilège de recours de l'employeur doit être considéré comme une circonstance permettant la réduction de la créance de l'assureur en application de l'art. 44 CO, tout au moins par analogie³⁰. En second lieu, il précise qu'on ne peut déduire de l'arrêt sur la conduite de gaz, comme l'ont fait les recourantes, la règle selon laquelle l'ordre des recours ne devrait s'appliquer qu'en cas d'intention, de négligence ou de faute grave³¹. Il explique avoir plutôt reconnu la règle selon laquelle le juge doit s'écarter de l'ordre des recours uniquement si son application ne permettrait pas de prendre en compte les circonstances particulières du cas d'espèce³². In casu, le Tribunal fédéral ne reconnaît pas l'existence de telles circonstances particulières puisqu'il n'existe aucun risque inhérent à l'exploitation d'un entrepôt³³. Il est donc justifié de s'en tenir à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO³⁴.

Conclusion

La question de la réduction de la créance de l'assureur social en présence d'un tiers non-privilegié n'est pas évidente. Dans son arrêt sur la conduite de gaz, le Tribunal fédéral a tranché cette problématique en faisant supporter la réduction de la créance à l'assureur social. Tout récemment, il a confirmé dans son arrêt 4A_397/2019 la possibilité pour le tiers responsable non-privilegié d'invoquer le privilège de recours de son coresponsable afin de réduire la créance de l'assureur social. Cette réduction correspond à la part interne qui aurait dû être supportée par le coresponsable en l'absence de privilège. Sur ce point, il a donc confirmé la jurisprudence.

Dans son arrêt de 2020, le Tribunal fédéral a également eu l'occasion de revenir sur la question de l'application de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO. Il a précisé qu'en présence de circonstances particulières qui justifiaient la non-application de cet ordre, le juge devait l'écarter. Il a en revanche refusé la règle qu'il avait

laissée sous-entendre dans son ATF 144 III 319 selon laquelle l'ordre de recours ne s'appliquait qu'en cas de faute ou de négligence grave.

Le pouvoir d'appréciation du juge semble prendre de plus en plus d'importance sur une application mécanique de la loi. Le Tribunal fédéral s'interroge sur ce qu'est le droit au sens de la solution la plus juste et la plus appropriée et non pas au sens du texte de loi. L'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce sens est très prometteuse puisqu'elle donne une place de plus en plus importante au pouvoir d'appréciation du juge au détriment d'une application mécanique de la loi.

³⁰ TF, arrêt du 1.7.2020, 4A_397/2019, c. 3.5.3.

³¹ *Idem*, c. 7.4.2.

³² ATF 144 III 319, c. 5.3 ; TF, arrêt du 1.7.2020, 4A_397/2019, c. 7.4.2.

³³ TF, arrêt du 1.7.2020, 4A_397/2019, c. 7.4.2.

³⁴ *Ibidem*.

**The world is
moving fast.
Nearly as fast
as our lawyers.**

LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehein.com

Von Schäden und Sachen*

Franziska Raaflaub (MLaw, Diplomassistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht III von Prof. Bernhard Waldmann, Doktorandin bei Prof. Hubert Stöckli, Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht, Universität Freiburg)

Wenn Sachen kaputtgehen, dann muss man sie reparieren oder ersetzen. Warum also etwas vertiefen, das sonnenklar ist? – Nicht immer zeigt sich der Sachschaden in Gestalt eines Scherbenhaufens. Manchmal wächst er leise und unscheinbar als ungewollte Auskreuzung aus dem Boden.¹ Stellt das blosse Vorhandensein von genetisch veränderten Organismen (GVO) im Saatgut bereits einen Sachschaden dar?² Oder ist es «nur» ein reiner Vermögensschaden, weil die Pflanze nach wie vor verwertbar ist und keinen lädierten Eindruck macht? Möglicherweise ist die neue Pflanze objektiv betrachtet sogar besser, weil sie nahrhafter, ergiebiger oder keimresistenter ist. Solange die genetische Verunreinigung nicht auf den Geldbeutel schlägt, kann sie ignoriert werden. Sobald sie jedoch zur Aberkennung einer (Bio-)Zertifizierung führt, muss man sich genauer überlegen, ob eine Beschädigung vorliegt oder ob bloss die buchhalterische Differenz in Gestalt eines Einnahmerückgangs – und damit ein reiner Vermögensschaden – zu beklagen ist.

Sachen, das ist allgemein bekannt, sind «unpersönliche, körperliche, für sich bestehende Gegenstände, die der menschlichen Herrschaft unterworfen werden können»³. Wer die umfassende und ausschliessliche Herrschaft über eine Sache ausübt, ist ihre Eigentümerin. Deren Befugnisse wirken erga omnes; also gegenüber jedermann.⁴ Der **Sachschaden** entsteht nun, auch das ist allgemein bekannt, («in

der Regel»)⁵ durch Zerstörung, Beschädigung oder Verlust einer Sache.⁶ Die Zerstörung umfasst den vollständigen Untergang der Sache⁷, während der Verlust einer Sache die Entziehung der Sachherrschaft bzw. den Verlust des Besitzes an einer Sache meint⁸. Jetzt müsste man eigentlich nur noch wissen, wann eine Beschädigung vorliegt, und der Sachschaden wäre geknackt.

In diesem Zusammenhang wurden zwei Theorien entwickelt: die Theorie der **Substanzbeeinträchtigung**, die eine physische Beeinträchtigung der Sache voraussetzt, und die Theorie der **Funktionsbeeinträchtigung**, die eine Beschädigung⁹ auch dann anerkennt, wenn an sich bloss eine «Beeinträchtigung des bestimmungsgemässen Gebrauchs einer Sache» vorliegt.¹⁰ Die Erweiterung des Beschädigungstatbestandes dient unter anderem dazu, die Grenze zwischen Sach- und reinem Vermögensschaden zurückzudrängen und damit der «Nichtersatzfähigkeit»¹¹ reiner Vermögensschäden

⁵ BGE 116 II 480 (490), E. 4.

⁶ BGE 118 II 176 (179), E. 4.b m.w.H.

⁷ Vgl. C. SCHMID-TSCHIRREN, Art. 750 ZGB, in: A. Buehler/D. Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar ZGB*, 2. Aufl., Basel 2017, N 3.

⁸ Vgl. zum BGB: H. OETKER, § 255 BGB, in: F.J. Säcker et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2019, N 10: «Der Verlust einer Sache liegt unstreitig beim Verlust des Besitzes vor».

⁹ Die Substanz- und Funktionsbeeinträchtigungstheorie umfassen wohl nicht die Frage, ob für die «Bejahung eines Sachschadens» allgemein (Vgl. H. REY/I. WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 363) eine physische Beeinträchtigung notwendig ist, sondern betreffen nur die Beschädigung und Zerstörung. Der Verlust begreift die Entziehung der Sachherrschaft und setzt weder einen Eingriff in die Substanz, noch eine Beeinträchtigung der Funktion voraus.

¹⁰ W. FELLMANN, *Sachschaden*, Tagungsbeitrag, in: W. Fellmann/S. Weber (Hrsg.), *Haftpflichtprozess 2019*, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 91 ff., S. 95 f.

¹¹ Der Begriff der «Nichtersatzfähigkeit» scheint insofern nicht zutreffend, als die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden nicht ausgeschlossen wird, sondern die Anwendung der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie den Anschein erweckt, Personen- und Sachschäden seien als sog. Erfolgeunrecht

* Dieser Beitrag befasst sich mit dem Sachschaden im ausservertraglichen Haftpflichtrecht. Auf die versicherungsrechtliche Dimension wird hier wegen ihrer vertraglichen Grundlage (und der damit einhergehenden Freiheit, Sachschäden abweichend vom allgemeinen Haftpflichtrecht zu definieren) verzichtet.

¹ I. WILDHABER, *Koexistenz und Haftung: Gedanken zu wirtschaftlichen Schäden im biotechnischen Zeitalter*, ZBJV 147/2011, S. 631 ff.

² Vgl. WILDHABER (Fn. 1), S. 650 f.

³ J. SCHMID/B. HÜRLIMANN-KAUP, *Sachenrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 4.

⁴ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 3), N 654.

entgegenzuwirken.¹² Wenn man an die GVO-kontaminierten Pflanzen denkt, sollten sich a priori keine Probleme ergeben: Gene müssten ja eigentlich der Inbegriff der Sachsubstanz sein.¹³ Eine Analyse zur möglichen Beeinträchtigung der Pflanzenfunktion drängt sich nicht auf. Schade nur, dass die Sachsubstanz so nicht existiert.

Der Gedanke scheint naheliegend: Sachen sind körperliche Gegenstände, auf die physisch eingewirkt werden kann. Auf das Vorliegen einer (naturwissenschaftlichen) **Sachsubstanz** lässt sich damit aber nicht schliessen. Man müsste sich wohl bei jeder Sache Gedanken zu deren biologischen, physikalischen oder chemischen Eigenschaften machen, und die rechtlich relevante Substanz irgendwie aus diesen Erkenntnissen herauschälen – um dennoch keine Erkenntnisse mit Bezug auf die Rechtsverletzung zu gewinnen. Dies ist dem Sachbegriff geschuldet: Er ist ein dynamischer und funktionaler Begriff¹⁴, der sich nicht notwendigerweise nach der physikalischen Einheit des Gegenstands richtet¹⁵. Weist Schokolade zum Beispiel einen weissen Belag (Fettreif) auf, so ist dieser optische Defekt dramatisch, wenn sie in Gestalt eines Osterhasen zum Verkauf angeboten werden

sollte¹⁶; wird sie jedoch zu Tierfutter aufbereitet¹⁷, spielt der Belag überhaupt keine Rolle, da er gesundheitlich unbedenklich ist. Der Vorgang der Fettmigration lässt sich, obwohl er die Substanz betrifft, nicht einfach unter den Beschädigungstatbestand subsumieren, sondern die Beschädigung muss normativ¹⁸ ausgelegt werden. Beschädigung, Zerstörung und Verlust sind dementsprechend keine rein deskriptiven Tatbestandsmerkmale, die sich ohne Weiteres aus der Umwelt ablesen lassen, sondern auslegungsbedürftige Begriffe. Ähnlich wie die Beschaffenheit eines Werks, lässt sich der Sollzustand einer Sache nicht auf ihre physische oder technische Beschaffenheit reduzieren.¹⁹

Zum funktionalen Sachbegriff passt die Theorie der **Funktionsbeeinträchtigung** besser. Sie erkennt neben der physischen Beschädigung oder Substanzbeeinträchtigung eine weitere Schadenform in der Beeinträchtigung des bestimmungsgemässen Gebrauchs.²⁰ Eine Funktionsbeeinträchtigung liegt nach diesem Verständnis vor, wenn der Zweck oder der Gebrauch einer Sache beeinträchtigt ist.²¹ Zur Umschreibung der Funktionsbeeinträchtigung finden sich in der Literatur mitunter verschiedene Begriffe; die Beeinträchtigungen des «Zwecks»²², des «(bestimmungsgemässen)»²³ Gebrauchs²⁴ oder der «Funktion»²⁵ einer Sache scheinen aber jeweils das

ohne nähere Begründung ersatzfähig, während reine Vermögensschäden eine zusätzliche Hürde des Schutznormverstosses zu überwinden hätten. Die neuere Lehre tendiert indes dazu, diese Zweigliedrigkeit abzulegen und allgemein das Verhaltensunrecht als Massstab der Widerrechtlichkeit anzuwenden (Vgl. REY/WILDHABER (Fn. 9), N 796 f.). Mit dieser Entwicklung sollte der deliktsrechtlichen «Diskriminierung» reiner Vermögensschäden (Vgl. P. GAUCH/J. SWEET, Delikts haftung für reinen Vermögensschaden, in: P. Forstmoser et al. (Hrsg.), Festschrift Max Keller, Zürich 1989, S. 117 ff., S. 119) insofern begegnet werden, als der Ersatz von Sachschäden genauer zu begründen ist.

¹² Vgl. J. FISCH, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2020, N 480.

¹³ Vgl. WILDHABER (Fn. 1), S. 651.

¹⁴ S. HRUBESCH-MILLAUER/B. GRAHAM-SIEGENTHALER/V. ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, N 04.11.

¹⁵ So steht z.B. bei Mengensachen die wirtschaftliche Einheit im Vordergrund. Dem Bienenstock (nicht der einzelnen Biene) kommt Sachqualität zu: HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N 04.13.

¹⁶ Vgl. S. REINKE ET AL., Tracking Structural Changes in Lipid-based Multicomponent Food Materials due to Oil Migration by Microfocus Small-Angle X-ray Scattering, ACS Applied Materials & Interfaces 2015/7, S. 9929 ff.

¹⁷ So z.B. bei der Landi Sursee: <<https://h-plus-h.ch/wp-content/uploads/2020/08/STS-HPSU-130619-009.pdf>> (besucht am 6.4.2021).

¹⁸ S. zu diesem Thema: F-C. SCHROEDER, Die normative Auslegung, JZ 4/2011, S. 187 ff.

¹⁹ Vgl. P. GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 1357 f.

²⁰ R. BREHM, Kommentar zu Art. 42 OR, in: H. Hausheer/H. P. Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 – 61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, N 21c.

²¹ F. HUNZIKER-BLUM, Ein ausgewachsener Sachschaden, Zur Abgrenzung von Sach- und Vermögensschäden, HAVE 2/2005, S. 138 ff., S. 139.

²² Z.B. HUNZIKER-BLUM (Fn. 21), S. 139.

²³ Z.B. FELLMANN (Fn. 10), S. 95 f.; REY/WILDHABER (Fn. 9), N 364.

²⁴ Z.B. H. HONSELL/B. ISENRING/M.A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 4 N 16.

²⁵ Z.B. B. STEHLE, Der Gegenstand der Betriebshaftpflichtver-

Gleiche zu meinen, weshalb sie vorliegend alternierend verwendet werden. Der bestimmungsgemässe Gebrauch von trinkwasserfördernden Wasserrohren umfasst dementsprechend (unter anderem)²⁶ die geruchs- und geschmacksneutrale Beförderung von Leitungswasser.²⁷ Beispiele finden sich auch in der Pflanzenwelt: Wird Getreide mit einem unwirksamen Wachstumsregulator behandelt und wächst der Halm in der Folge nicht kräftig genug, um die Ähre bis zur Ernte zu tragen, so liegt eine Beeinträchtigung der Funktion der betroffenen Pflanze(n) vor. Ein Minderwert des Endprodukts (Korn) ist die Folge.²⁸ Diese Vermögenseinbusse wird nun nach der Funktionsbeeinträchtigungstheorie als Sachschaden anerkannt, was den Vorteil bringt, dass man sich nicht mit einer irgendwie gearteten «Pflanzensubstanz» und deren Beeinträchtigung zu befassen braucht.

Interessant zu wissen ist indes, woraus sich die **Bestimmung einer Sache** ergibt, auf der die Funktionsbeeinträchtigungstheorie ihren substanzunabhängigen «Beschädigungstatbestand»²⁹ gründet. Bei Pflanzen liegt die natürliche Bestimmung wohl darin, ungestört Photosynthese zu betreiben. Für die Schadenfrage des Bauern ist dies aber eher uninteressant. Gesucht wird nach einem Massstab für den schadensrelevanten Sachzustand. Bevor der Vermögensschaden überhaupt berechnet werden kann, muss nämlich das tatsächliche Auftreten eines Schadens als Ausgangspunkt definiert werden können.³⁰ Orientiert man sich im Sinne der oben genannten Definition(en) an der Beeinträchtigung

der Sachfunktion, so liegt die massgebende Zustandsveränderung darin, dass der Eigentümer seine Sache nach einem schädigenden Ereignis nicht mehr bestimmungsgemäss nutzen kann. Umschreibt man es so, wird aber auch deutlich, dass der Sache selbst kein Zweck innewohnt, sondern der Eigentümer vielmehr durch seinen Gebrauch gewisse Funktionen festlegt und der Zustand des Objekts per se kein ausschlaggebendes Kriterium für die Rechtsverletzung darstellt. Dies ist insbesondere mit Blick auf die Widerrechtlichkeit einer Funktionsbeeinträchtigung von Bedeutung, denn sie ergibt sich nicht ohne Weiteres³¹ aus dem Gegenstand, sondern muss aus dem verletzten Rechtsgut hergeleitet werden.³²

Die einzelnen **Tatbestände der Beschädigung, Zerstörung und des Verlusts** und ihre Auslegung spielen damit lediglich eine untergeordnete Rolle, was angesichts der oben dargestellten Sachschadensdefinition und den bisherigen Ausführungen möglicherweise überrascht. Der Sachschaden hat sich ab dem 3. Jh. v. Chr. aus der *Lex Aquilia* entwickelt, die nur eng begrenzte Schadenersatzansprüche für die Tötung fremder Sklaven und vierfüssiger Herdentiere (1. Kapitel) sowie für Schäden durch unrechtmässiges Brennen, Brechen oder Verstümmeln («*urere, frangere, rumpere*», 3. Kapitel) vorsah.³³ Mit der Zeit wurden diese Tatbestandsmerkmale dann zu Zerstörung, Beschädigung und Verlust ausgeweitet³⁴ und im Verlauf des 19. Jahrhunderts (fälschlicherweise)³⁵ mit dem Schaden im Sinne der Mommsenschen Differenztheorie³⁶ verbunden. Mit diesem historisch

sicherung, in: S. Fuhrer/S. Weber (Hrsg.), HAVE Schriftenreihe, Bd. 7, Zürich 2016, N 146.

²⁶ Ganz allgemein besteht die Funktion einer Leitung darin, Wasser von A nach B zu befördern. Eine Trinkwasserleitung soll neben der geschmacks- und geruchsneutralen auch eine saubere, farblose, kontinuierliche (...) Wasserversorgung sicherstellen. Eine Abwasserleitung muss demgegenüber keinen geruchsneutralen Transport leisten.

²⁷ Der Einsatz eines ungeeigneten Gewindeschneidmittels, welches einen ekelerregenden Gestank zurücklässt, der nur mit grossem Aufwand zu beheben ist, bildet eine erhebliche Beeinträchtigung des bestimmungsgemässen Gebrauchs einer Sache: BGH, Urteil vom 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, S. 517.

²⁸ HUNZIKER-BLUM (Fn. 21), S. 139.

²⁹ Vgl. FELLMANN (Fn. 10), S. 95 f. «(...) wonach bereits die Beeinträchtigung des bestimmungsgemässen Gebrauchs einer Sache eine Sachbeschädigung sein soll».

³⁰ M. KOLBINGER, Restitution und Kompensation bei Sachschäden, Diss. Passau, Berlin 2005, S. 27.

³¹ Vgl. WILDHABER (Fn. 1), S. 647.

³² REY/WILDHABER (Fn. 9), N 365.

³³ E. SCHNEIDER KAYASSEH, Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres – unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S.- Amerikanischen Rechts, Diss. Zürich 2009, S. 10.

³⁴ Vgl. A. PERNICE, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach dem römischen Rechte, Weimar 1867, S. 152.

³⁵ Die nachfolgend zitierte Differenztheorie bezieht sich nämlich nicht auf den Schaden, sondern den Schadenersatz (S. dazu: N. LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht: Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, Diss. Freiburg 1999, N 57 ff.).

³⁶ «Die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde», F. MOMMSEN, Beiträge zum Obligationenrecht, Zweite Abtheilung:

überlagerten Sachschadensbegriff steht nun eine römische Säule mit deutschem Fachwerküberbau in unserer helvetischen Haftpflichtlandschaft herum. Das ist nicht per se schlecht, passt jedoch architektonisch nicht so ganz, da der Sachschaden (in Abgrenzung zum Personen- und übrigen Schaden) eigentlich ausgehend von der Rechtsgutverletzung entwickelt werden müsste³⁷ und nicht anhand der Art der Verletzung des Gegenstands (Substanz- oder Funktionseingriff)³⁸. Beim Sachschaden geht es nämlich gar nicht um die Sache. Es geht um das Eigentum.

Das **Recht an einer Sache** ist nicht dasselbe wie die Sache. Mit der Anknüpfung am körperlichen Gegenstand wird das vierfüssige Herdentier von hinten aufgezäumt. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens richtet sich nach der Reichweite des Schutzes der verletzten Norm³⁹ - und nicht nach dem Zustand des körperlichen Gegenstands. Jeder Schaden, den die Eigentümerin aufgrund einer störenden und ungerechtfertigten Einwirkung auf die Sache erleidet, wird somit als Sachschaden qualifiziert.⁴⁰ Jetzt müsste man nur noch wissen, wann störende und ungerechtfertigte Einwirkungen vorliegen.

Für die unbeabsichtigten GVO-Pflanzen kommt es nach dem Gesagten jedenfalls weniger darauf an, was objektiv betrachtet besser oder schlechter sein mag, sondern es geht vielmehr um die konkreten Absichten des an der Sache Berechtigten. Er besitzt nämlich die **Freiheit**, in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben über eine Sache zu verfügen (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Eigentum vermittelt damit nicht nur die ausschliessliche Herrschaft über eine Sache bzw. bestimmt sich die Freiheit des Eigentümers nicht durch den Gegenstand – eigentlich geht es um das ausschliessende Recht auf eine freie Tätigkeit. Nicht das Objekt, sondern die zugebilligte Freiheit ist damit das formgebende Element des Eigentums.⁴¹

Ein Fahrrad kann mit dem Willen des Eigentümers auch Kunstwerk sein, die Weinflasche eine Vase ersetzen oder der Duschvorhang als Tischtuch dienen – die Absicht, genetisch veränderten Mais als Bio-Mais zu verkaufen, wird dem Eigentümer jedoch aufgrund der Auskreuzung entzogen und damit seine Freiheit beschnitten. Sachen markieren indes die dogmatische Grenze des Sacheigentums: dieses bleibt auf körperliche Gegenstände beschränkt.⁴² Die Unsicherheit mit Bezug auf die Auslegung des Beschädigungstatbestands bzw. den Störungsgehalt einer Einwirkung liegt letztlich in der Frage, wie der Freiheit des Sacheigentümers haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist und welche Eingriffe dem Ausgleich zugänglich gemacht werden sollen. Dies wird im Rahmen meiner Dissertation ausführlicher zu klären sein.

⁴² M. AUER, Eigentum, Familie, Erbrecht, Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 2016, S. 239 ff., S. 257.

Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, S. 3.

³⁷ Vgl. W. FELLMANN/A. KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 253; REY/WILDHABER (Fn. 9), N 221.

³⁸ FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 37), N 254.

³⁹ FELLMANN/KOTTMANN (Fn. 37), N 254; REY/WILDHABER (Fn. 9), N 365.

⁴⁰ FELLMANN (Fn. 10), S. 94; REY/WILDHABER (Fn. 9), N 365.

⁴¹ J. BRAUN, Freiheit, Gleichheit, Eigentum, Grundfragen des Rechts im Lichte der Philosophie J. G. Fichtes, Tübingen 1991, S. 17 f.

Interview croisée avec les Professeures Isabelle Chabloz et Joëlle Vuille, Université de Fribourg

Prof. Dr. Joëlle Vuille

2004	Licence en droit, Université de Lausanne
2006	Diplôme d'études supérieures spécialisées en criminologie, Université de Lausanne
2011	Doctorat en criminologie, Université de Lausanne
2011	Séjour à l'Université de Californie, Irvine, Etats-Unis
2013	Maître-assistante, Université de Neuchâtel
2014	Projet de recherche <i>Ambizione</i> FNS
Depuis 2015	Co-rédactrice en chef de la Nouvelle revue de criminologie et de politique pénale
2019	Professeure boursière FNS auprès de la Chaire de droit pénal et criminologie, Université de Fribourg, projet " <i>The Regulation of Forensic Science Evidence in Europe</i> "
Depuis 2019	Projet de recherche FNS, <i>The Regulation of Forensic Science Evidence in Europe</i>
Depuis 2019	Rédactrice en chef adjointe du <i>International Journal of Evidence and Proof</i>
Depuis 2020	Présidente du Groupe suisse de criminologie
Depuis 2020	Professeure ordinaire de droit pénal et criminologie, Université de Fribourg



QFLR : Depuis le SA 2020, vous êtes toutes deux titulaires d'une Chaire au sein de l'Université de Fribourg : comment s'est passée la transition, notamment en cette période très particulière ?

Prof. Vuille : Pour ma part, la transition a été assez brutale. Quand mes collègues sont passé-e-s à l'enseignement en ligne en mars dernier, j'ai eu un sentiment de soulagement en me disant que je ne commençais qu'au mois de septembre suivant et que j'allais donc y échapper (rires). Alors oui, c'était assez difficile parce que je pense que la première année d'enseignement l'est particulièrement. Heureusement, l'équipe qui m'entoure est géniale et a facilité cette transition. À cette difficulté particulière s'ajoute le manque de contact humain dans l'enseignement en distanciel. Je trouve que quand on voit les gens au quotidien, ceux-ci nous transmettent beaucoup d'énergie.

Prof. Chabloz : Pour ma part, c'était peut-être un peu plus simple étant donné que ce n'était pas mon premier poste. J'étais auparavant Professeure à UniDistance et j'étais donc habituée à divers modes

d'enseignement notamment en distanciel. Par conséquent, j'ai trouvé la transition moins stressante que ce que j'avais pressenti. J'ai beaucoup apprécié avoir ce temps-là pour vraiment mettre en place les cours. Maintenant, je partage l'avis de Joëlle sur l'enseignement en distanciel : c'est déroutant quand on donne un cours pour la première fois parce qu'on ne sait pas comment il est perçu.

QFLR : Professeure Chabloz, vous avez mentionné votre enseignement à UniDistance : quelles sont les différences principales entre cette expérience-ci et votre enseignement actuel à l'Université de Fribourg ?

Prof. Chabloz : Premièrement, le système d'enseignement (ndlr : blended learning – mélange d'activités en présence et à distance) n'est pas exactement le même. Secondement, ce qui change le plus je trouve, c'est le public. À UniDistance, la moyenne d'âge est supérieure à 35 ans et les étudiant-e-s ont déjà quasiment tou-te-s une expérience professionnelle.

Prof. Dr. Isabelle Chabloz

1996	Licence en droit, Université de Fribourg
2000	Séjour à Hambourg, Max Planck Institut
2002	Doctorat en droit de la concurrence, Université de Fribourg
2003	Brevet d'avocate, Canton de Berne
2008	LL.M. en droit commercial, Monash University, Melbourne, Australie
2012	Thèse d'habilitation, Université de Fribourg
2014	Professeure associée puis extraordinaire, UniDistance
2019	Vice-rectrice enseignement, UniDistance
Depuis 2015	Of counsel dans une Etude active en Suisse et à l'étranger
Depuis 2016	Membre-experte de la Commission extra-parlementaire registre du commerce
Depuis 2020	Co-éditrice de la Revue suisse du droit des affaires
Depuis 2020	Professeure ordinaire de droit économique, Université de Fribourg
Depuis 2021	Membre du comité de l'Association conférence des Professeur-e-s de procédure civile et de LP

**QFLR : Professeure Vuille, avez-vous toujours souhaité enseigner ?**

Prof. Vuille : En réalité, je suis vraiment tombée dans la recherche en premier lieu et cela a été un énorme coup de cœur. J'ai obtenu une licence en droit et j'ai suivi un diplôme d'études supérieures spécialisées en criminologie. Par la suite, à l'école des sciences criminelles à Lausanne, j'ai été engagée pour travailler sur mon premier projet de recherche. Il s'agissait d'évaluer les effets de la dépénalisation de la consommation de cannabis dont on parlait énormément au début des années 2000. Le coup de cœur que j'ai eu s'explique car cette recherche a non seulement consisté en une étude de terrain, ce que j'adore, mais aussi été interdisciplinaire car on travaillait avec des médecins attaché-e-s à l'aspect santé publique de la problématique. Suite à ce déclic, j'ai décidé de faire une thèse de doctorat. Une chose entraînant une autre, j'ai enseigné un cours, deux cours, etc. C'est comme ça qu'on commence, mais à la base, c'était la recherche qui me plaisait énormément et l'enseignement est

venu par après.

QFLR : Comment est né votre intérêt pour le droit pénal et la criminologie ?

Prof. Vuille : Quand j'étais au gymnase, j'ai beaucoup hésité entre le droit et la biologie. Finalement, j'ai fait du droit mais j'ai toujours été attirée par les sciences. Lors de la rédaction de mon mémoire de licence, j'ai eu l'occasion de travailler sur le statut juridique des embryons humains et là je me suis dit : « c'est génial, c'est ça que je veux faire ! ». Étudier à Lausanne m'a ainsi permis de suivre un parcours interdisciplinaire en étudiant sciences forensiques et droit dans la même faculté.

QFLR : Pour votre part, Professeure Chabloz, vous avez obtenu votre licence en droit à l'Université de Fribourg en 1996 : quel est le premier souvenir vous venant à l'esprit quand vous repensez à vos études ?

Prof. Chabloz : Les amitiés que j'ai nouées qui

sont encore actuelles. Pas plus tard que la semaine dernière, j'ai rencontré des ami·e·s d'études. En petit groupe bien sûr, parce que sinon c'est évidemment interdit (rires).

QFLR : Décrivez une expérience marquante ou un succès majeur dans votre carrière : qu'est-ce qui l'a rendu(e) possible ? Qu'en avez-vous retiré personnellement ?

Prof. Chabloz : J'aimerais raconter ce que j'ai réalisé il y a peu. En 1994, je suis partie en programme d'échange en Alabama. Sans que je m'en rende compte sur le moment, ces deux mois ont conditionné tout le reste de ma carrière. En effet, c'était l'année où Walter Stoffel y était avec son assistant de l'époque, Olivier Schaller. Et c'est là que j'ai fait sa connaissance ! Il m'a ensuite proposé de rédiger une thèse sous sa direction. Je n'y avais jamais pensé auparavant et c'est comme ça que j'ai mis le pied à l'étrier. En partant faire ce voyage d'échange, je ne savais pas que celui-ci influencerait autant la suite.

J.V. : D'un point de vue intellectuel, c'était important pour moi de regrouper ce que je connaissais et d'aller voir ailleurs si cela tenait toujours la route.

QFLR : Peut-être une question additionnelle par rapport à ces voyages. On nous encourage souvent à partir à la découverte des systèmes juridiques anglo-saxons. L'attrait pour cette option est-il équivalent à tous les domaines du droit ?

Prof. Chabloz : Je pense que cela dépend justement des domaines en question. Dans le domaine du droit des sociétés, les modèles de droit américain restent incontournables. Mais cela comporte aussi des défauts : toutes les personnes actives dans ce domaine partagent une expérience commune. Pourtant, c'est très intéressant d'avoir d'autres expériences divergentes. C'est entre autres dans cette optique que j'ai rédigé une partie de ma thèse d'habilitation en Australie : je voulais découvrir un système de Common Law différent.

Prof. Vuille : D'un point de vue intellectuel, c'était important pour moi de regrouper ce que je connaissais et d'aller voir ailleurs si cela tenait toujours la route. Je me suis rendue aux États-Unis et j'ai rencontré des gens absolument exceptionnels. C'est un élément qui revient souvent chez moi d'ailleurs : je ne sais pas si je trouve tout le monde absolument génial ou si j'ai vraiment de la chance (rires). Ce voyage remonte à dix ans en arrière et je suis toujours en contact avec ces personnes. Nous continuons à travailler ensemble mais ce sont aussi devenu·e·s des ami·e·s. Pendant le confinement par exemple, on faisait des apéros en vidéo-conférence. En réalité, pour eux c'était le café du matin et pour moi c'était l'apéro. La COVID nous a permis d'avoir des contacts réguliers chaque semaine, ce que nous n'avions plus depuis longtemps.

QFLR : Avez-vous rencontré d'éventuels obstacles au fil de votre carrière ? Si oui, de quelle nature ?

Prof. Vuille : Je n'ai pas eu de difficultés particulières ni d'obstacles insurmontables, et j'ai eu du soutien à chaque étape clé. Néanmoins, j'ai le sentiment que certain·e·s chercheur·euse·s prometteur·euse·s voudraient faire de la recherche mais que les postes sont très difficiles à obtenir et à stabiliser, et l'institution perd donc ces jeunes talents : on a trop peu d'échelons intermédiaires pérennes dans les universités suisses entre celles et ceux ayant fini la thèse et celles et ceux devenant professeur·e·s. Enfin je ne sais pas ce que tu en penses Isabelle ?

J.V. : [Il existe] trop peu d'échelons intermédiaires pérennes dans les universités suisses entre (...) la thèse et [devenir] professeur·e·s.

Prof. Chabloz : Je suis d'accord et je constate les difficultés mais c'est vrai qu'en tant que juriste je les ai moins ressenties. En effet, j'ai gardé un pied dans la pratique ce qui m'a permis d'avoir une sorte de plan B. Je pense qu'on a toujours une porte de sortie que d'autres n'ont pas forcément dans d'autres domaines.

Par contre, la difficulté que j'ai eue résidait à l'époque

dans le manque de modèles féminins. Les professeurs que je connaissais et que j'admirais étaient surtout des hommes, et par conséquent je me disais que je ne pouvais pas être cette personne. Et puis une rencontre a été déterminante : Danièle Brahier-Franchetti, qui était juge fédérale suppléante et coachait les avocat·e·s-stagiaires dans toute la suisse romande pour les cours de plaidoirie. Elle m'a dit quelque chose de tout simple : « Sois toi-même, sois Isabelle Chabloz ». À la suite de cela, j'ai dû reconstruire un peu l'image que je m'étais faite. Je ne peux pas être *un* professeur, je ne serai jamais Pierre Tercier, mais je peux être Isabelle Chabloz et cela fonctionne. J'espère maintenant qu'à mon tour, je pourrai servir de modèle pour d'autres.

I.C. : La difficulté que j'ai eue résidait à l'époque dans le manque de modèles féminins (...). J'espère maintenant qu'à mon tour, je pourrai servir de modèle pour d'autres.

Prof. Vuille : Une discussion m'a marquée quand je préparais un projet FNS. Dans les universités, il y a toujours un bureau qui fait la liaison entre les universités et le FNS. Dans ce contexte, une des personnes qui m'aidait à préparer une candidature m'a dit un jour qu'elle parvenait à identifier le genre de la personne ayant rédigé la postulation même sans voir son nom. Elle avançait que, s'agissant de décrire leur recherche, beaucoup de femmes mêmes reconnues dans leur domaine « se vendaient » mal, contrairement à la majorité des candidats masculins, même peu expérimentés. J'ai eu un déclic et je me suis dit « tu ne vas jamais y arriver si tu fais ça, apprends à écrire comme un homme »... D'un autre côté, la solution n'est toutefois pas non plus de se dire qu'il y a une norme masculine à laquelle on devrait se conformer.

QFLR : Comment définiriez-vous les défis actuels de formation et de transmission du savoir ?

Prof. Vuille : Je trouve que mon enseignement est devenu plus « réduit au squelette » par le distanciel.

J'en ai parlé à plusieurs collègues qui m'ont confirmé se censurer (notamment au niveau de l'humour) en ligne. C'est peut-être aussi une question d'habitude et de savoir-faire, mais cela péjore la qualité de l'enseignement, en tout cas pour moi.

J.V. : L'enseignement (...) nécessite de nouer des liens avec les étudiant·e·s. Dans l'apprentissage, j'estime que tout n'est pas purement intellectuel.

L'enseignement, tel que je le conçois, nécessite de nouer des liens avec les étudiant·e·s. Dans l'apprentissage, j'estime que tout n'est pas purement intellectuel. À titre personnel, j'ai besoin d'être émotionnellement impliquée dans ce que je fais, avec les gens et avec la matière, et cela s'est malheureusement complètement perdu avec l'enseignement en ligne. S'agissant de la question de la tendance actuelle, je pense qu'il y avait généralement beaucoup de résistance avant la COVID à l'idée d'enseignement en ligne ou hybride. L'expérience actuelle nous a probablement permis de dépasser nos peurs par rapport à cela ; on risque certainement de se diriger davantage vers de tels modèles hybrides et je ne pense pas que cela soit une mauvaise idée.

I.C. : En ce qui concerne le brevet, je ne pense pas qu'il n'y ait qu'une seule voie.

QFLR : Professeure Chabloz, vous avez longtemps enseigné la procédure civile et le droit de l'exécution forcée dans le cadre de la préparation à l'obtention du brevet d'avocat·e bernois : selon vous, la pratique est-elle une étape indispensable dans la vie d'un(e) juriste ?

Prof. Chabloz : Je pense que nous formons avant tout des gens pour la pratique. En ce qui concerne le brevet, je ne pense pas qu'il n'y ait qu'une seule voie. Il ne faut pas avoir peur d'essayer d'autres choses si on ne se sent pas de le faire.

Prof. Vuille : Pour moi, la recherche était l'idéal. Il ne faut pas s'engager dans une voie si vous n'en avez pas envie. Vous ne ferez les choses bien que si vous êtes à l'aise à l'idée d'y investir une grande quantité d'énergie et de temps.

Prof. Chabloz : Par exemple, je ne me sentais pas encore attirée par le brevet à la fin de mes études. Je ne me voyais pas aller défendre quelqu'un en justice avec aucune expérience de vie. Parfois, cela prend un peu plus de temps et ce n'est pas grave. Au moment où j'ai fait mon stage, j'ai eu un énorme plaisir que je n'aurais pas eu plus tôt ; c'est comme mon poste maintenant, c'est le bon moment pour moi.

QFLR : Professeure Vuille, vous poursuivez actuellement un projet de recherche financé par le Fonds national et traitant de la régulation des moyens de preuves de nature scientifique en Europe : pourquoi ce domaine en particulier ?

Prof. Vuille : J'ai rédigé ma thèse de doctorat sur l'utilisation des preuves scientifiques en procédure pénale. J'étais partie de la contradiction selon laquelle le ou la juge doit garder une certaine distance critique par rapport à l'expertise alors que, quand il ou elle nomme un-e expert-e, il ou elle reconnaît ne pas avoir de compétences dans ce domaine particulier. À force de m'intéresser à ces questions-là, je me suis rendu compte qu'il y avait très peu de règles pour encadrer la qualité de ces expertises, ce qui complique encore le travail des juges.

I.C. : Il y a désormais une pression considérable sur les entreprises. Changement de loi ou non, elles doivent absolument prendre en compte leur responsabilité sociale.

QFLR : Professeure Chabloz, quelle est d'après vous la plus grande réforme à mener en droit des sociétés ? S'agit-il selon vous d'une réforme à mener au niveau suisse ou plus (in)directement au niveau européen ?

Prof. Chabloz : Nous venons de voter sur l'initiative sur les multinationales responsables qui a été rejetée. Certes, le contre-projet indirect va selon toute vraisemblance entrer en vigueur, mais il est clair que la question n'est pas réglée. Il existe des normes internationales, pactes de l'ONU ou engagements par rapport à l'OCDE qu'il va bien falloir concrétiser, que ce soit en norme de responsabilité ou non. Il y a désormais une pression considérable sur les entreprises. Changement de loi ou non, elles doivent absolument prendre en compte leur responsabilité sociale.

J.V. : [Devenir Professeure], ce n'est pas la fin de quelque chose, c'est le début.

QFLR : Devenir Professeure représente sans doute une consécration dans une carrière : quelles sont les prochaines étapes (s'il y en a d'autres) ?

Prof. Vuille : Plein de projets de recherche. Pour moi, ce n'est pas la fin de quelque chose, c'est le début. La consécration se traduit vraiment par le fait d'être dans une position privilégiée qui nous permet de consacrer du temps à nos idées de recherches.

Prof. Chabloz : Pour ma part, c'est le poste qui me permet de faire vraiment ce que j'aime dans d'excellentes conditions. Comme toi Joëlle, je souhaite absolument garder du temps pour la recherche et ne pas me disperser dans X activités annexes, car c'est là que je vois le danger du poste. Parce que oui, on commence à recevoir plein de propositions toujours très tentantes, mais il faut apprendre à mettre des priorités car on ne peut pas tout faire.

STRASSENVERKEHRSRECHTSTAGUNG – ONLINE**21. Juni 2021****Themen**

- Regressansprüche bei Strassenverkehrsunfällen: neue Perspektiven
- Regressfragen im Sozialversicherungsrecht
- Neue Entwicklungen im Privatversicherungsrecht
- Neues aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung:
 - Wichtige Urteile aus dem Strafrecht
 - Wichtige Urteile aus dem Haftpflichtrecht
 - Wichtige Urteile aus dem Verwaltungsrecht
- Rechtsprobleme des ruhenden Verkehrs: Falsch geparkt und abgeschleppt! Was nun?
- Wie zuverlässig sind Geschwindigkeitsmessungen im Strassenverkehr?

Tagungsleitung: Prof. Dr. Thomas Probst, Universität Freiburg**Auskünfte und Anmeldung online:** Tel. 026 300 73 47 – www.unifr.ch/weiterbildung**JOURNÉES DU DROIT DE LA CIRCULATION
ROUTIÈRE – EN LIGNE****22 juin 2021****Thèmes**

- Les recours du responsable civil et de l'assureur : les nouveautés en droit civil et en droit des assurances sociales
- Les développements récents en droit du contrat d'assurance
- Les nouveautés jurisprudentielles :
 - Droit pénal
 - Droit civil
 - Droit administratif
- Infractions à la LCR – Quelques problèmes de preuve en procédure pénale

Direction de la journée : Prof. Dr Franz Werro, Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center**Renseignements et inscription en ligne :** Tél. 026 300 73 39 – www.unifr.ch/formcont

LEADING CASES



LawInside.

Leading Cases is a section compiled by LawInside within the framework of a collaboration with QUID; it updates you with the latest cases from recent Swiss jurisprudence.

Un arrêt détaillé

TF, 08.01.2021, 6B_572/2020*

Le contrat de prostitution n'est pas contraire aux mœurs

Tromper une femme en la privant de la rémunération convenue pour ses services sexuels constitue une escroquerie. Son droit à une indemnisation doit être protégé par le droit pénal, car le contrat de prostitution ne peut désormais plus être considéré comme contraire aux mœurs.

Faits

Une femme répond à une petite annonce publiée sur Internet en demandant à son auteur ce qu'elle devrait faire pour CHF 2'000.-. Celui-ci lui indique qu'il souhaiterait passer la nuit avec elle et avoir des relations sexuelles. Lors de plusieurs échanges d'emails, messages et appels téléphoniques, l'homme lui certifie qu'il lui versera ladite somme une fois qu'ils auraient passé la nuit ensemble. Alors qu'ils se rendent dans un hôtel, la plaignante lui demande si elle peut toucher les CHF 2'000.- d'avance. Le prévenu prétend qu'il a l'argent sur lui et le lui donnera après le rapport sexuel. Au cours de la nuit, il lui assure qu'il la rémunèrera lorsqu'ils auront eu un second rapport. Après celui-ci, la plaignante fume un joint et s'endort. Le prévenu s'empare alors du téléphone de la plaignante, efface tout le contenu de leurs échanges, prélève CHF 41.- dans son porte-monnaie et quitte les lieux sans lui donner les CHF 2'000.- convenus – qu'il n'avait jamais eus sur lui.

Le Tribunal de district de Saint-Gall juge le prévenu coupable d'escroquerie, de détérioration de données et de vol mineur. Celui-ci conteste sa condamnation

pour escroquerie auprès du Tribunal cantonal, puis forme un recours en matière pénale au Tribunal fédéral, qui est appelé à déterminer si les éléments constitutifs de l'escroquerie (art. 146 al. 1 CP) – notamment la représentation frauduleuse et le dommage matériel – sont bien remplis en l'espèce. Il doit en particulier se prononcer sur la validité du contrat de prostitution sous l'angle de l'art. 19 CO.

Droit

Selon l'instance précédente, le prévenu est venu chercher la plaignante dans une voiture de luxe, après lui avoir expliqué de façon mensongère qu'il travaillait dans le secteur bancaire et financier. En agissant ainsi, le recourant a trompé l'intéressée sur sa capacité et sur sa volonté de payer, soit sur un fait interne qui n'est en soi pas vérifiable. En effet, dans la mesure où il n'était pas capable de payer, il ne pouvait pas non plus en avoir la volonté. Selon le Tribunal fédéral, en établissant ainsi les faits, l'instance précédente n'a pas versé dans l'arbitraire. Peu importe que le prévenu ait effectivement étudié l'économie et eu un futur emploi dans le contrôle des finances en perspective. Par son comportement, le recourant a activement éveillé chez la plaignante l'impression qu'il comptait la rémunérer. Il est allé jusqu'à user de moyens frauduleux (*täuschende Machenschaften*) en se présentant systématiquement à elle sous une fausse identité. Bien qu'il soit usuel, dans le milieu du travail sexuel, d'exiger le paiement à l'avance, le Tribunal fédéral estime que la plaignante n'a pas fait preuve de légèreté en croyant que le recourant lui verserait la somme convenue. En effet, il y a lieu de protéger également les personnes naïves ou simples d'esprit contre les moyens frauduleux. Les éléments constitutifs de la fraude sont ainsi remplis.

Concernant le dommage allégué par la plaignante, le Tribunal fédéral explique qu'eu égard à l'évolution de la société, le contrat de prostitution ne peut désormais plus être considéré comme allant à l'encontre des bonnes mœurs et donc comme étant nul au sens de l'art. 19 al. 2 CO – ce contrairement à

l'obiter dictum qui prévalait jusqu'alors (ATF 129 III 604, 111 II 295). Le contraire serait anachronique à la lumière des valeurs éthiques actuelles. Il se réfère à la Loi bernoise sur l'exercice de la prostitution, qui démontre que le travail sexuel autonome est aujourd'hui officiellement reconnu en tant qu'activité professionnelle légale. Par conséquent, le contrat protège la position juridique de l'intéressée, qui peut s'en prévaloir en lien avec le préjudice économique qu'elle a subi.

Enfin, le Tribunal fédéral ajoute que le droit de la plaignante à une rémunération doit être protégé par le droit pénal. Tant que les faits en question ne tombent pas dans le champ d'application des art. 195 ou 199 CP, il s'agit d'une activité habituelle et autorisée, qui est également protégée par la liberté économique (art. 27 Cst.) et soumise aux taxes usuelles (ATF 107 V 193, arrêt 6B_188/2011 du 6 octobre 2011). Le droit de la plaignante à une indemnisation pour ses services sexuels a ainsi une valeur patrimoniale. Partant, le Tribunal fédéral reconnaît que le prévenu s'est effectivement rendu coupable d'escroquerie et rejette le recours.

MARION CHAUTARD, Le contrat de prostitution n'est pas contraire aux mœurs, in : www.lawinside.ch/1028/.

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

Droit pénal, TF, 13.11.2020, 6B_1282/2019*

CÉLIAN HIRSCH, Filmer avec sa GoPro des infractions à la LCR : une preuve inexploitable en pénal ?

Lorsque des preuves recueillies par un particulier portent atteinte à la personnalité du prévenu (art. 28 CC et art. 12 LPD), elles doivent être considérées comme licites s'il existe un motif justificatif levant l'illicéité (art. 13 LPD ou art. 28 al. 2 CC). Il convient en effet de retenir une notion uniforme, et non autonome, de la notion d'illicéité de la preuve (précision bienvenue de la jurisprudence).

Droit pénal, TF, 30.06.2020, 6B_1162/2019*

ELENA TURRINI, L'invocation de l'état de nécessité

(art. 17 CP) en cas d'assistance à l'entrée illégale en Suisse (art. 116 LEI)

Le Tribunal fédéral confirme la condamnation d'une personne en vertu de l'art. 116 al. 2 *cum* al. 1 let. a LETr/LEI pour avoir aidé un requérant d'asile transféré en Italie à revenir en Suisse, jugeant que l'état de santé de celui-ci ne justifiait pas de considérer que l'infraction respectait la condition de la subsidiarité nécessaire à l'admission d'un état de nécessité (art. 17 CP). En sus, il rappelle que les griefs relatifs à la procédure Dublin ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public (art. 83 let. d ch. 1 LTF).

Droit pénal, CourEDH, 19.01.2021, Affaire Lăcătuș c. Suisse, requête n° 14065/15

QUENTIN CUENDET, L'interdiction générale de la mendicité viole l'art. 8 CEDH (CourEDH)

Le fait d'infliger une amende à une personne extrêmement vulnérable pour avoir mendié de manière inoffensive, puis de convertir cette amende en une peine privative de liberté de cinq jours, viole l'art. 8 CEDH.

Droit civil, TF, 16.06.20, 5A_589/2019*

MARIE-HÉLÈNE SPIESS, La vaccination de l'enfant contre la rougeole en cas de désaccord parental

Lorsque des parents titulaires de l'autorité parentale conjointe ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la question de savoir s'il faut faire vacciner leurs enfants contre la rougeole, le tribunal ou l'autorité de protection de l'enfant doit prendre une décision dans l'intérêt de l'enfant (art. 307 al. 1 CC). Si l'OFSP recommande la vaccination contre la rougeole, l'autorité compétente doit en principe se fonder sur cette recommandation. Un écart ne peut être justifié que si la vaccination n'est pas compatible avec le bien de l'enfant compte tenu des circonstances particulières du cas d'espèce. En application du principe de proportionnalité, il peut être renoncé à la vaccination en cas de contre-indications vaccinales.

Droit des contrats, TF, 28.12.2020, 4A_295/2020*

NOÉ LUISONI, La prescription de l'action en rectification du certificat de travail

Le délai de prescription spécial prévu à l'art. 128 ch. 3 CO s'applique uniquement en lien avec des créances de salaire. Ainsi, l'action en délivrance, respectivement en rectification du certificat de travail, est soumise au délai de prescription général de dix ans selon l'art. 127 CO.

Droit public, TF, 05.02.2021, 2C_283/2020*

CAMILLA JACQUEMOUD, L'assujettissement (inadmissible) à autorisation de l'exercice de la médiation civile dans le cadre judiciaire

Il est contraire à l'art. 215 CPC d'assujettir à autorisation préalable l'exercice de la fonction de médiateur ou médiatrice dans le cadre d'une procédure civile. En revanche, les cantons peuvent établir et publier une liste de personnes jouissant de certaines qualifications

et expériences, cas échéant attestées par une procédure d'accréditation ou d'assermentation, y rendre les parties attentives et conditionner la gratuité de la médiation au choix d'une personne de la liste.

Droit public, TF, 26.11.2020, 2C_372/2020*

ARNAUD NUSSBAUMER, Quelques précisions sur l'organisation d'une étude d'avocat-e-s en société anonyme

Lorsqu'une étude d'avocat-e-s est constituée en société anonyme, l'autorité de surveillance cantonale ne peut pas ordonner l'introduction d'une disposition statutaire contraignant d'éventuel-le-s actionnaires non avocat-e-s à transférer leurs titres à une personne inscrite au barreau. Une telle mesure est en dehors de son champ de compétences.

NIEDERER KRAFT FREY

Join our team

nkf.ch/career

Niederer Kraft Frey leads excellence and innovation in Swiss law.
We always look to the future.

That means you.

Niederer Kraft Frey AG Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zürich +41 58 800 80 00 nkf.ch

Next Deadline:

October 2021

QUID?
FRIBOURG LAW REVIEW

2/2014

ARTICLES

A Haven of Peace in Distress for U.S.
Guillaume Braidi, Laurent Cousin

Interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA
un caractère pénal à l'aune de la CEDH
Guillaume Braidi

Europäische Datenschutz: eine langsame aber
Matthieu Gueissaz

Against International Arbitration
David Henseler

Costs in I

Q

Publish. Stand Out.

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

YOU

- are a student at the University of Fribourg (incl. LL.M./Erasmus/PhD candidate)
- have written a paper, incl. a (pro)seminar or master thesis, on a legal topic in DE, FR, IT, EN (or 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 & Swisslex
- cooperate with Geneva & Zurich law firms

LEARN MORE AT <https://student.unifr.ch/quid>

CONTACT US fribourglawreview@unifr.ch



Vie universitaire

Chères étudiantes, chers étudiants,

À travers ces quelques lignes, notre tâche sera de vous rendre attentif-ve-s au travail que la Fachschaft Jus a accompli durant ces derniers mois, ainsi qu'aux projets qui baliseront cette nouvelle année académique, tant au niveau de la politique universitaire que de l'événementiel.

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

Liebe Studentinnen, liebe Studenten,

Wir hoffen, dass es euch gut geht und ihr den Mut nicht verliert!

Was uns betrifft, wir haben eine lange Reihe von Dankesworten, die wir an euch richten möchten.

Zunächst wollen wir uns für eure rege Teilnahme bedanken. Mehr denn je haben die Studierenden das Bedürfnis nach sozialen Kontakten. Obwohl dieser nur online stattfinden kann, seid ihr immer dabei! Die Aufnahme der Grossen Debatte wurde über 1500 Mal angeschaut, der Fotowettbewerb hat uns ermöglicht, einen kleinen Teil eures Alltagslebens zu teilen und mit dem «Werwölfe»-Turnier konnten wir gemeinsam einen schönen Abend verbringen. Zu guter Letzt hat uns euer Interesse am virtuellen Besuch der Kanzlei NKF ein weiteres Mal gezeigt, wie motiviert und engagiert ihr seid. Trotz der Distanz versuchen wir unser Bestes, um euch ein Universitätsleben zu bieten und eure Rückmeldungen bestätigen uns, dass es nicht vergeblich ist.

Ihr seid zahlreich an unserer ausserordentlichen Generalversammlung erschienen und eure Beiträge und Meinungen bezüglich der Schutzmassnahmen der Universität sind für uns von unschätzbarem Wert. Wir haben uns eure Beschwerden mit Aufmerksamkeit angehört und verteidigen eure Interessen mit voller Einsatzbereitschaft. Gerade weil dieses Jahr die Prüfungen noch einmal online stattfinden müssen, werden wir uns bestmöglich um

einen reibungslosen Verlauf der Session bemühen. Aktuell arbeiten wir auch eng mit dem Dekanat zusammen, um eine Zukunft post-COVID zu skizzieren, in der die Studierenden auf ein anregendes Arbeitsumfeld (intellektuell und sozial) zählen können.

Im Übrigen konnten wir durch die Verbesserung der Situation im Rahmen der Law career week einen erfolgreichen Besuch des Zentralgefängnisses von Freiburg organisieren. Im gleichen Rahmen haben wir zwei sehr spannende Konferenzen mit erfahrenen Juristen aus verschiedenen Branchen durchführen können.

Ebenfalls möchten wir euch ermutigen, die Petition WE LAW FRIBOURG zu unterstützen, die verlangt, dass das Projekt «Tour Henri» endlich vorangeht! Es würde der rechtswissenschaftlichen Fakultät eine modernere Infrastruktur ermöglichen und damit den guten Ruf aufrechterhalten und die Lehr- und Forschungsbedingungen verbessern.

Ein weiteres Mal, herzlichen Dank für euer Engagement. Wir wünschen euch viel Kraft und Motivation für die immer näherkommende Prüfungssession,

Euer Vorstand der Fachschaft Jus

