

QUID?

Fribourg Law Review

ARTICLES

Humpty Dumpty am Bundesgericht: Wie man aus einer einseitigen Empfehlung eine zweiseitige Abstimmung konstruieren kann

Johann-Jakob Chervet

Le consentement aux atteintes aux droits fondamentaux : une exception au principe de la base légale ?

Chloé Marinoni

Art. 179b Abs. 4 TSchV – ein Artikel zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz

Miriam Binggeli

La fermeture des frontières durant la crise du Covid-19 – Analyse de la légalité

Jeanne Stassen

Das Verhüllungsverbot im Lichte der Religionsfreiheit: Eine umstrittene Verhältnismässigkeitsprüfung?

Matthieu Membrez

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Nicole Zeller
Leiterin Sektion Recht Fachsekretariat Eidgenössische
Elektrizitätskommission ElCom



Editors	Robin Beglinger Emmanuel Chouchena Jean Fiorellino Judith Gelblat Luis Maiorini Ange Moka Fodjo Daniela Odermatt Nicole Schmid Leo Tiberghien
Faculty Advisors	Prof. Isabelle Chabloz 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 https://student.unifr.ch/quid
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Ange Moka Fodjo / Judith Gelblat

EDITORIAL	4
ARTICLES	
<hr/>	
Humpty Dumpty am Bundesgericht: Wie man aus einer einseitigen Empfehlung eine zweiseitige Abstimmung konstruieren kann <i>Johann-Jakob Chervet</i>	7
Le consentement aux atteintes aux droits fondamentaux : une exception au principe de la base légale ? <i>Chloé Marinoni</i>	12
Art. 179b Abs. 4 TSchV – ein Artikel zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz <i>Miriam Binggeli</i>	16
La fermeture des frontières durant la crise du Covid-19 – Analyse de la légalité <i>Jeanne Stassen</i>	20
Das Verhüllungsverbot im Lichte der Religionsfreiheit: Eine umstrittene Verhältnismässigkeitsprüfung? <i>Matthieu Membrez</i>	24
PHD CANDIDATE	29
<hr/>	
Les actions sous la forme de droits-valeurs inscrits : éléments théoriques et enjeux pratiques choisis <i>Alexandra Vraca</i>	
CAREER SPOTLIGHT	34
<hr/>	
Interview mit Nicole Zeller <i>Leiterin Rechstdienst Fachsekretariat Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom</i>	
LEADING CASES	39
<hr/>	
ADAST	
<hr/>	
L'ordonnance pénale : un casse-tête pour la défense <i>Pascal Tabara</i>	43

Chères lectrices, chers lecteurs,

Vous tenez dans les mains le numéro 2/22 de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW, notre 18^{ème} édition. Depuis 2014, les membres de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg s'engagent et contribuent semestre après semestre à la réussite de ce projet : les étudiant-es soumettent des contributions, les doctorant-es présentent leurs projets scientifiques, le Comité de rédaction mène des interviews et encadre le processus de publication, les Professeur-es référent-es apportent leur soutien.

Le présent numéro de QUID? propose des contributions passionnantes et actuelles. Tout d'abord, JOHANN-JAKOB CHERVET, lauréat du prix NKF, se penche sur la notion de pratique concertée en droit de la concurrence et expose la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet. L'auteur critique cette dernière et plaide pour une compréhension plus étroite de la notion de pratique concertée. Dans sa contribution, CHLOÉ MARINONI soulève la question du consentement aux atteintes aux droits fondamentaux. Alors que le consentement occupe une place importante en droit privé, il n'est que rarement discuté en droit public comme une justification possible d'une atteinte aux droits fondamentaux. L'auteure examine si le consentement à une telle atteinte constitue une exception à l'exigence d'une base légale. De son côté, MIRIAM BINGGELI se penche sur les conflits que peut créer la coexistence de la protection des animaux et de la liberté religieuse. L'auteure expose les dispositions légales ainsi que les pratiques religieuses pertinentes et identifie les contradictions que l'on peut trouver dans la situation juridique actuelle. JEANNE STASSEN examine ensuite la question de savoir si les contrôles et les fermetures des frontières décidés durant la crise du Covid-19 étaient conformes au droit européen. L'auteure répond par la négative et critique en outre le fait que les États membres n'ont pas suivi les recommandations de la Commission concernant la coordination des mesures étatiques. Finalement, MATTHIEU MEMBREZ analyse l'interdiction de se dissimuler le visage récemment adoptée par la Suisse et examine si elle pourrait à

Werte Leserinnen, werte Leser

Sie halten das Heft 2/22 von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW in den Händen und damit die 18. Ausgabe dieser Zeitschrift. Seit 2014 engagieren sich Angehörige der juristischen Fakultät und tragen Semester für Semester zum Gelingen dieses Projekts bei: Studierende reichen Beiträge ein, Doktorierende präsentieren ihre wissenschaftlichen Projekte in konziser Form, Mitglieder des Redaktionskomitees führen Interviews und betreuen den Publikationsprozess, Professorinnen und Professoren stehen unterstützend zur Seite.

Die vorliegende Ausgabe von QUID? wartet mit spannenden und aktuellen studentischen Beiträgen auf. Zunächst beschäftigt sich NKF-Preisträger JOHANN-JAKOB CHERVET mit dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der abgestimmten Verhaltensweise und zeigt die bundesgerichtliche Rechtsprechung dazu auf. Der Autor kritisiert letztere und plädiert für ein engeres Verständnis des Begriffs der abgestimmten Verhaltensweise. CHLOÉ MARINONI wirft in ihrem Beitrag die Frage nach der Einwilligung in Grundrechtseingriffe auf. Während die Einwilligung im Privatrecht eine bedeutende Rolle einnimmt, wird sie im öffentlichen Recht als mögliche Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs nur selten diskutiert. Die Autorin prüft, ob die Einwilligung in einen solchen Eingriff eine Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage darstellt. Weiter beschäftigt sich MIRIAM BINGGELI mit dem Spannungsfeld zwischen Tierschutz und religiöser Freiheit. Die Autorin legt die relevanten Gesetzesbestimmungen und religiösen Praktiken dar und identifiziert Widersprüche in der aktuell geltenden Rechtslage. JEANNE STASSEN untersucht in ihrem Beitrag die Frage, ob die während der Covid-19-Krise beschlossenen Grenzkontrollen und -schliessungen (europa-)rechtskonform waren. Die Autorin verneint dies und kritisiert ausserdem, dass sich Mitgliedstaaten nicht an die Empfehlungen der Kommission zur Koordination der staatlichen Massnahmen hielten. Schliesslich setzt sich auch MATTHIEU MEMBREZ mit der Religionsfreiheit

conduire à une condamnation de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans notre rubrique *PhD Candidate*, ALEXANDRA VRACA présente certaines problématiques relatives à ses recherches dans le domaine de la nouvelle technologie des registres distribués et du droit de la société anonyme. Dans ce contexte, elle expose au lectorat les bases juridiques et techniques des actions sous la forme de droits-valeurs inscrits. Elle nous propose également ses pistes de réflexion face à certains défis soulevés par l'utilisation de cette technologie.

Le Comité éditorial de QUID? a eu l'opportunité de s'entretenir avec Madame Nicole Zeller. Elle est responsable du service juridique du secrétariat technique de la Commission fédérale de l'électricité. Vous retrouverez son interview dans la rubrique *Career Spotlight*. Elle parle des défis auxquels elle est confrontée en tant que responsable du service juridique, mais également de son propre parcours et de sa carrière dans l'administration fédérale.

Dans la rubrique *Leading Cases*, vous trouverez des résumés de quelques décisions importantes de la jurisprudence récente préparés par LAWINSIDE. Nous profitons de l'occasion pour remercier l'équipe de LawInside pour son agréable et constante collaboration.

Enfin, notre dernière rubrique est publiée en collaboration avec l'Association des avocats-stagiaires du canton de Fribourg (AdAst): vous y retrouverez un article de PASCAL TABARA, avocat-stagiaire, qui y raconte de manière critique son expérience pratique de la procédure pénale, notamment lorsque l'autorité rend une ordonnance pénale. Ses réflexions tendent à la préservation des droits de la défense dans ce domaine.

La QUID? FRIBOURG LAW REVIEW ne serait pas envisageable sans nos soutiens : nous remercions chaleureusement nos Faculty Advisors, la Professeure Isabelle Chabloz et le Professeur Thomas Probst, pour leur soutien et

auseinander. Der Autor untersucht das kürzlich von der Schweiz beschlossene Verhüllungsverbot und prüft, ob dieses in Zukunft zu einer Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte führen könnte.

In unserer Rubrik *PhD Candidate* präsentiert ALEXANDRA VRACA ausgewählte Fragen rund um ihr Dissertationsprojekt. Die Doktorandin forscht zur Tokenisierung von Aktien und legt in ihrem Beitrag die juristischen sowie technischen Grundlagen dar und identifiziert Herausforderungen in diesem Rechtsbereich.

Mitglieder des Redaktionskomitees von QUID? hatten Anfang November die Gelegenheit, ein Gespräch mit Nicole Zeller zu führen. Sie ist Leiterin Sektion Recht Fachsekretariat der Eidgenössischen Elektrizitätskommission und dieser Tage eine vielbeschäftigte und gefragte Expertin. Das Gespräch ist in Form eines Interviews in unserer Rubrik *Career Spotlight* abgedruckt. Zeller spricht dort über die Herausforderungen, mit denen sie sich als Leiterin des Rechtsdiensts aktuell konfrontiert sieht, aber auch – dem Titel der Rubrik entsprechend – über ihren eigenen Werdegang und ihre Sicht auf den Karriereweg (Bundes-)Verwaltung.

In der Rubrik *Leading Cases* findet sich eine Zusammenfassung einiger bedeutender Entscheide der jüngeren Rechtsprechung, aufbereitet von LAWINSIDE. Wir möchten die Gelegenheit nutzen, um uns beim Team von LawInside für die angenehme und beständige Zusammenarbeit zu bedanken.

Schliesslich finden Sie in unserer jüngsten Rubrik, die wir in Zusammenarbeit mit dem Verein der Anwaltspraktikantinnen und -praktikanten des Kantons Freiburg (AdAst) herausgeben, einen Beitrag zu einem besonders praxisrelevanten Thema. Anwaltspraktikant PASCAL TABARA erzählt dort von seinen Erfahrungen mit dem Strafbefehlsverfahren und schlägt Änderungen in Gesetz und Praxis vor, um die Verteidigungsrechte in diesem Verfahren zu wahren.

Selbstredend wäre die Zeitschrift QUID? FRIBOURG

leur disponibilité. Nous remercions également la Fachschaft JUS et l'AGEF, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le droit suisse de la circulation routière, la Fondation Helmuth M. Merlin ainsi que la Fondation Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung qui, par leurs contributions, rendent la production de la revue possible.

Nous vous souhaitons une agréable lecture et nous réjouissons de recevoir vos impressions sur cette nouvelle édition de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le Comité éditorial

LAW REVIEW, wie sie sich heute präsentiert, nicht denkbar ohne die Unterstützung zahlreicher Personen und Vereinigungen. Bedanken möchten wir uns bei unseren Faculty Advisors, Prof. Isabelle Chabloz und Prof. Thomas Probst, welche für uns stets erreichbar sind, uns unterstützend zur Seite stehen und insbesondere die studentischen Beiträge in dieser Ausgabe einer kritischen Prüfung unterzogen haben. Weiter geht unser Dank an sämtliche Sponsoren der Zeitschrift, die mit ihren finanziellen Beiträgen die Produktion der Zeitschrift ermöglichen, namentlich die Fachschaft JUS und die AGEF, das Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, die Stiftung für schweizerisches Strassenverkehrsrecht, die Helmuth M. Merlin Stiftung sowie die Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung.

Wir wünschen Ihnen eine angenehme Lektüre und freuen uns auf Rückmeldungen zur 18. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

Humpty Dumpty am Bundesgericht: Wie man aus einer einseitigen Empfehlung eine zweiseitige Abstimmung konstruieren kann

Johann-Jakob Chervet (MLaw student, Universität Freiburg)

NIEDERER KRAFT FREY

Gewinnen mit Niederer Kraft Frey: Prix d'excellence NKF

Niederer Kraft Frey und die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg vergeben jährlich einen Preis für herausragende Master- und Semesterarbeiten im Bereich des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts an einen Studierenden der Universität Freiburg. Der Preis ist mit einem Preisgeld in der Höhe von CHF 5'000 dotiert. Mit der Verleihung des Prix d'excellence NKF an herausragende Abschlussarbeiten im Bereich des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts will die renommierte Schweizer Anwaltskanzlei Niederer Kraft Frey sowohl einen aktiven Beitrag zur Nachwuchsförderung leisten als auch zu einem aktiveren und fruchtbareren Austausch zwischen juristischer Theorie und Praxis im Wirtschaftsrecht beitragen. Weitere Informationen zum Prix d'excellence NKF finden Sie unter www.nkf.ch.

La présente contribution cherche à identifier quel critère permet de déterminer si un comportement constitue une « pratique concertée » au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Selon le Tribunal fédéral, on se trouve en présence d'une telle pratique lorsque le comportement en question ne garantit plus le degré d'indépendance nécessaire de l'entreprise sur le marché. L'auteur critique cette interprétation qu'il juge trop vague et trop vaste. Selon lui, la présence d'une pratique concertée doit être déterminée par l'existence d'un accord de volonté. Une telle notion permettrait de distinguer clairement la pratique concertée du comportement parallèle admissible.

Einleitung

Rechtliche Kategorien sind Unterscheidungs-
maschinen. Sie entfalten Wirkung ausschliesslich
dadurch, dass sie gewisse Zustände erfassen und ande-
re ausschliessen.¹ Ein Tatbestand ist erfüllt oder eben
nicht. Wenn diese Unterscheidung aufgegeben wird,
findet auch die rechtliche Kategorie ihr Ende: Ein
Rechtsbegriff, der alles erfasst, erfasst nichts.² Für den
Rechtsstaat genauso problematisch sind Kategorien,

die zwar eine Unterscheidung vornehmen, dies aber
durch unklare, schwammige und ständig wechselnde
Kriterien tun. Nur inhaltlich messerscharfe und stabile
Unterscheidungskriterien können die rechtsstaatlich
unabdingbare Voraussehbarkeit einer juristischen
Entscheidung ermöglichen.³

Die zunehmende Tendenz zur Auflösung von kla-
ren und stabilen Kategoriegrenzen kann man in
der aktuellen bundesgerichtlichen Behandlung des
Tatbestandes der abgestimmten Verhaltensweise
im Kartellrecht nachverfolgen. Eine abgestimmte
Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG besteht aus
(a.) einer Abstimmung zwischen den involvierten
Unternehmen, (b.) einem dieser Abstimmung kor-
respondierenden Marktverhalten sowie (c.) einem
Kausalzusammenhang zwischen diesen beiden
Elementen. Nachfolgend werde ich aufzeigen, wie
dieses erste Element, der Begriff der Abstimmung,
so sehr geschliffen und ausgedehnt wurde, dass
es nun auch eine einseitige und unverbindliche
Preisempfehlung (UVP) von Herstellern an Verkäufer
erfassen kann. Damit verliert diese Rechtskategorie
an Unterscheidungskraft und löst sich letztlich selbst
auf.

¹ M. A. NIGGLI/L. MUSKENS, Recht und Moral: Auflösung der
Kategorien, Richterzeitung, 18.6.2020, N 72.

² *Ibid.*, N 74 f.

³ Vgl. J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford 1979, S. 214 f.

I. Selbständigkeitspostulat und Fühlungnahme

Unter dem Kriterium der «Abstimmung» verstehen Rechtsprechung und Lehre, dass im Sinne einer Verhaltenskoordination «die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs» tritt.⁴ Danach kommt es durch eine Abstimmung zu einer Verletzung des sogenannten Selbständigkeitspostulates, wonach jedes Unternehmen selbständig bestimmen muss, mit welcher Marktstrategie (beispielsweise in Relation zum Preis) es im Wettbewerb bestehen will.⁵ Nach einer standardisierten Formel ist insbesondere eine «Fühlungnahme» zwischen den involvierten Unternehmen eine Verletzung dieses Postulats, sofern sie «bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das zu zeigen man entschlossen ist oder in Erwägung zieht.»⁶

Dieser vom EuGH formulierte und von der Schweizer Rechtsprechung und Lehre übernommene Begriff der «Fühlungnahme» ist jedoch unzureichend differenziert, um den Besonderheiten einer vertikalen UVP (also einer Preisempfehlung vom Hersteller an Verkäufer) Rechnung zu tragen. So sind insbesondere auch nicht-kollusive Verhaltensweisen geeignet, vom Begriff der «Fühlungnahme» erfasst zu werden: So kann beispielsweise eine erhöhte Bestellmenge eines Händlers gegenüber einem Hersteller ohne weiteres das Marktverhalten eines konkurrierenden Händlers beeinflussen und damit unter die Definition des EuGH subsumiert werden. Dies deshalb, weil der konkurrierende Händler anhand der erhöhten Nachfrage und dem daraus resultierenden höheren

⁴ EuGH, Urteil vom 14.7.1972, *Geigy*, C-52/69, Ziff. 26; über Umwege in die Rechtsprechung des Bundesgerichts übernommen in BGE 129 II 18, E. 6.3 m.w.H.; M. AMSTUTZ/B. CARRON/M. REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG, in: V. Martenet/C. Bovet/P. Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, N 34.

⁵ EuGH, Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie*, C-40 et al./73, Ziff. 173/174; vgl. auch BGE 147 II 72, E. 3.2, 5.4.2.2.; S. BANGERTER/B. ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG, in: R. Zäch et al. (Hrsg.), *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zürich/St. Gallen 2018, N 55.

⁶ EuGH, Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie*, C-40 et al./73, Ziff. 173/174; WEKO, RPW 2012/3, S. 640; BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 5), Art. 4 Abs. 1 KG N 55.

Preis auf ein Substitutionsprodukt ausweichen könnte.

Diverse solche nicht-kollusiven Verhaltensweisen können letztlich «das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers [...] beeinflussen»⁷, weswegen das Begriffspaar des «Selbständigkeitspostulates» und der «Fühlungnahme» deutlich über-inklusiv ist. Folglich sind diese Konzepte, entgegen den Überlegungen des Bundesgerichts,⁸ nicht geeignet, eine analytisch saubere und juristisch praktikable Identifikation einer Verhaltensabstimmung im vertikalen Verhältnis vorzunehmen.⁹

II. Willensübereinstimmung

Eine zielführende Abgrenzung von kollusiven und nicht-kollusiven Verhaltensweisen im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG kann daher nur durch das Kriterium erfolgen, ob eine Willensübereinstimmung über die Festlegung einer gemeinsamen, und damit nicht mehr autonomen, Preisstrategie vorliegt.

Gegenwärtig ist umstritten, ob für eine Abstimmung überhaupt eine Willensübereinstimmung erforderlich ist. Das Bundesgericht selber verneint dies ausgesprochen deutlich und stützt sich dazu in erster Stelle auf die Entscheidung des EuGH in *Imperial Chemical Industries*^{10,11}. Dies erstaunt, da der EuGH im fraglichen Urteil zwar eine Abgrenzung der Vereinbarung von der abgestimmten Verhaltensweise vornimmt, aber offenlässt, nach welchem Kriterium diese erfolgen soll.¹² Damit sind die Überlegungen des EuGH konsistent sowohl mit einer Abgrenzung der beiden Kategorien anhand des Kriteriums einer fehlenden Willensübereinstimmung, als auch über das Kriterium eines fehlenden Bindungswillens.

Darüber hinaus hat der EuGH in *Vihoo Europe* unmissverständlich klargestellt, dass eine Willensübereinstimmung ein massgebendes Element

⁷ EuGH, Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie*, C-40 et al./73, Ziff. 173/174.

⁸ BGE 147 II 72, E. 3.2., 3.4.2.3., 3.4.5., 5.2.2., 5.4.2.2.

⁹ Vgl. auch R. GÜBELI, *Unterschiede in der Qualifikation von horizontalen und vertikalen abgestimmten Verhaltensweisen in der Praxis*, sic! 2018, S. 238 f.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries*, C- 48/69.

¹¹ BGE 147 II 72, E. 3.4.2.1.

¹² EuGH, Urteil vom 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries*, C- 48/69, Ziff. 64/67.

sowohl der Vereinbarung als auch der abgestimmten Verhaltensweise darstellt.¹³ So argumentierte das Gericht, dass in einem Konzernverhältnis schon strukturbedingt weder Vereinbarungen noch abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen können, da eine «Willensübereinstimmung zwischen wirtschaftlich voneinander unabhängigen Beteiligten» fehlt,¹⁴ womit eine konstitutive Verbindung zwischen dem Konzept der Willensübereinstimmung und dem Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise etabliert wird. Dies deckt sich ebenfalls mit den Überlegungen in den Schlussanträgen von Generalanwalt SZPUNAR in *Eturas*, für welchen eine abgestimmte Verhaltensweise «zwangsläufig das Ergebnis eines Einverständnisses» ist, welche wiederum auf einem «gemeinsame[n] Wille[n]» aufbaut.¹⁵

In der europäischen Lehre besteht ebenfalls die Tendenz, die Willensübereinstimmung für eine abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vorzusetzen.¹⁶ Dieselbe Position vertritt im Übrigen auch die amerikanische Rechtsprechung, welche den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise (respektive der «*concerted practices*») ursprünglich kreiert hat.¹⁷ Der Verweis des Bundesgerichts auf die Rechtslage in der EU, um die konstitutive Natur der Willensübereinstimmung für den Begriff der Abstimmung zu verneinen, steht damit auf durchaus wackligen Beinen.

Darüber hinaus kann die Argumentation des Bundesgerichts auch im schweizerischen Binnenkontext kaum überzeugen. So verweist es als einzige Schweizer Quelle für seine Position auf STOFFEL,¹⁸ welcher die abgestimmte Verhaltensweise durch das Fehlen eines «subjektiven Elements» definiert¹⁹. STOFFEL bestimmt jedoch daraufhin

das Vorliegen eines «Planes»²⁰ als entscheidendes Charakterelement der Verhaltensabstimmung.²¹ Ein Plan setzt jedoch bereits begriffsbedingt einen subjektiven Charakter voraus, da ohne ein Willenselement ein Plan weder Inhalt noch Ausrichtung haben könnte.²² Es ist daher meines Erachtens wahrscheinlicher, dass STOFFEL mit der Abwesenheit eines «subjektiven Elementes» den fehlenden Bindungswillen im Falle der abgestimmten Verhaltensweise anspricht.²³ Die WEKO scheint derweil der hier vertretenen Ansicht zu folgen, da sie in der Vergangenheit in einem Fall einer UVP eine «minimale Willensübereinstimmung» als Kriterium für die Qualifikation als Verhaltensabstimmung verwendet hat.²⁴ In die gleiche Richtung geht derweil auch eine frühere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts.²⁵

Die Notwendigkeit eines Konsenses ergibt sich meines Erachtens bereits aus der oft wiederholten Definition der schweizerischen Rechtsprechung und Literatur der abgestimmten Verhaltensweise als «bewusstes und gewolltes Zusammenwirken»²⁶. Dies, da ohne übereinstimmende Willenszustände das Zusammenwirken letztlich nicht «bewusst und gewollt», sondern lediglich zufällig (im Sinne eines zulässigen Parallelverhaltens) erfolgen würde.

Das Bundesgericht begründet seine Sichtweise derweil unter anderem damit, dass im Falle des

¹³ EuGH, Urteil vom 24.10.1996, *Viho Europe*, C-73/95 P, Ziff. 51.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 24.10.1996, *Viho Europe*, C-73/95 P, Ziff. 51.

¹⁵ GA SZPUNAR, Schlussanträge vom 16.07.2015 in der Rs. C-74/14, *Eturas*, Ziff. 46 ff.

¹⁶ Vgl. J. GRUBER, Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen, *Österreichische Zeitschrift für Kartellrecht* 2, S. 49 ff.

¹⁷ Vgl. *ibid.*, S. 51 m.w.H.

¹⁸ BGE 147 II 72, E. 3.4.2.1.

¹⁹ W. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: R. von Büren/L. David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* Band V/2, Kartellrecht, Basel 2000, S. 68.

²⁰ Ob derweil tatsächlich ein Plan vorliegen muss, ist umstritten. In EuGH, Urteil vom 16.12.1975, *Suiker Unie*, C-40 et al./73, Ziff. 173/174, wird die Notwendigkeit eines «eigentlichen Plans» etwa verneint.

²¹ STOFFEL (Fn. 19), S. 67.

²² Vgl. Duden, wonach sich ein «Plan» in der in casu relevanten Bedeutung als «Absicht» respektive «Vorhaben» oder als «Vorstellung von der Art und Weise, in der ein bestimmtes Ziel verfolgt, ein bestimmtes Vorhaben verwirklicht werden soll» definieren lässt, womit beiden Versionen ein willentliches respektive subjektives Element innewohnt.

²³ Darauf deutet ebenfalls hin, dass STOFFEL (Fn. 19), S. 68, im folgenden Halbsatz dieses «subjektive Element» als Voraussetzung für die Vertragsentstehung sieht. Für die Vertragsentstehung ist jedoch in subjektiver Hinsicht nicht nur die Willensübereinstimmung, sondern eben auch der Bindungswille erforderlich.

²⁴ WEKO, RPW 2014/1, S. 193.

²⁵ BVGer, Urteil vom 23.9.2014, B-8404/2010, E. 5.3.7.4.

²⁶ BGE 129 II 18, E. 6.3; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 545; D. ANTIPAS, *Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence*, Diss. Lausanne 2014, S. 130 m.w.H.

Vorliegens einer Willensübereinstimmung bereits die Schwelle zur Vereinbarung erreicht sei.²⁷ Dies verkennt jedoch, dass diese Grenze nach langjähriger Praxis und herrschender Lehre erst bei Vorliegen eines Bindungswillens überschritten ist.²⁸

Damit handelt es sich meines Erachtens beim Element der Abstimmung im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG – entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts²⁹ – um eine Willensübereinstimmung der involvierten Parteien,³⁰ welche sich dann in einem korrespondierenden Marktverhalten konkret manifestiert.

III. Abgrenzung

Die Relevanz dieser begrifflichen Einordnung zeigt sich insbesondere bei der Abgrenzung der abgestimmten Verhaltensweise zum zulässigen Parallelverhalten. Letzteres findet gerade in jenem Raum der autonomen wirtschaftlichen Entscheidungsfindung statt, welcher sich durch die Absenz einer Willensübereinstimmung charakterisiert.³¹ Die involvierten Unternehmen adoptieren ihre jeweiligen Strategien, weil dies exogene Faktoren und ihre eigene Marktbeobachtung indizieren, nicht weil sie alle einen übereinstimmenden Willen zu einem gemeinsamen kollusiven Verhalten haben.³² Die Willenszustände der jeweiligen Unternehmen richten sich damit lediglich auf ihr eigenes Verhalten (wobei das Verhalten des anderen die eigene Sichtweise informieren kann) und nicht auf eine Abstimmung mit den anderen.³³

Dass diese autonomen Marktstrategien nichtsdestotrotz zu einem parallelen Verhalten führen, ist derweil nicht das Ergebnis einer Abstimmung, sondern ergibt sich durch nicht-kollusive Faktoren, wie etwa der reine Zufall, zugrunde liegende Marktstrukturen, das beobachtete Verhalten von Konkurrenten oder auch sich verändernde regulatorische Rahmenbedingungen.³⁴ Dabei ist auch dann

die Grenze zu einer Verhaltensabstimmung noch nicht erreicht, wenn das fragliche Verhalten «in der Erwartung erfolgt, dass die übrigen Marktteilnehmer sich gleich verhalten werden».³⁵

Statt auf das Kriterium der Willensübereinstimmung setzt das Bundesgericht derweil für die fragliche Abgrenzung auf die reguläre Zugänglichkeit der Informationen, auf welche das entweder parallele oder abgestimmte Verhalten fusst.³⁶ So sei die Grenze zur Verhaltensabstimmung erreicht, wenn sie «auf der Verwertung von Informationen [beruht], die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches unter den Marktteilnehmern verfügbar sind».³⁷ Dieses Kriterium besitzt jedoch die signifikante analytische Schwäche, dass es Abstimmungen, die durch das Medium von «ohne weiteres» zugänglichen Informationen erfolgen, *per se* ausschliesst.

Diesbezüglich ist eine differenziertere Analyse notwendig, da auch durch Kommunikationsmittel, welche an die Öffentlichkeit gerichtet sind und durch jedermann einfach abrufbar sind, eine Abstimmung möglich ist, sofern dadurch ein übereinstimmender Wille zu einer gemeinsamen statt einer jeweils autonomen Preissetzung entsteht.

Schlussfolgerungen

Die Konsequenz der übermässig weiten und schwammigen begrifflichen Grenzziehung des Bundesgerichts ist letztlich der Todesschlag für die juristische Kategorie der Verhaltensabstimmung: Wenn der Begriff der zweiseitigen Abstimmung nun auch eine einseitige Empfehlung erfassen soll, gibt es kaum ein Szenario von wirtschaftlicher Kommunikation, welches er nicht miteinschliessen kann. Die Kategorie der Abstimmung erfasst nun (fast) alles, und damit letztlich nichts.

Von Vorteil ist diese Kategorienaflösung für diejenigen, die entscheiden werden, ob eine Verhaltensabstimmung vorliegt oder nicht. Denn ihre Entscheidungen entziehen sich nun der Kontrolle durch klare und stabile Begriffsgrenzen. Für alle anderen, insbesondere für die Rechtsunterworfenen, kann

²⁷ BGE 147 II 72, E. 4.5.2.

²⁸ Vgl. BVGer, Urteil vom 19.12.2017, B-846/2015, E. 7.; WEKO, RPW 2014/2, S. 376; ANTIPAS (Fn. 26), S. 127 f.

²⁹ BGE 147 II 72, E. 3.4.2.1.

³⁰ Gleicher Ansicht AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 4), Art. 4 Abs. 1 KG N 21, ANTIPAS (Fn. 26), S. 130.

³¹ Vgl. ANTIPAS (Fn. 26), S. 135 f.

³² P. ESTERMANN, Die unverbindliche Preisempfehlung, Diss. St. Gallen 2016, S. 164 f.

³³ AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn. 4), Art. 4 Abs. 1 KG N 117.

³⁴ ESTERMANN (Fn. 32), S. 164 f.

³⁵ BGE 129 II 18, E. 6.3.

³⁶ BGE 147 II 72, E. 3.4.2.2.

³⁷ BGE 147 II 72, E. 3.4.2.2.

sich eine solche mit zunehmender Rechtsungewissheit verbundene Begriffsschleifung nur zum Nachteil auswirken. Und darin lässt sich letztlich, in den Worten von LORD ATKIN in *Liversidge v Anderson*, auch die einzige plausible Erklärung für diese weithin feststellbare Tendenz zur Begriffsauflösung finden: «*I know of only one authority which might justify the suggested method of construction.*»

“When I use a word,” Humpty Dumpty said, in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean, neither more nor less.”

“The question is,” said Alice, “whether you can make words mean so many different things.”

*“The question is,” said Humpty Dumpty, “which is to be the master, that’s all.”*³⁸

³⁸ LORD ATKIN in *Liversidge v Anderson (dissent)*, [1942] AC 206, S. 245 mit Verweis auf CAROLL LEWIS, *Through the Looking-Glass*, London 1871, Kap. 6.

Le consentement aux atteintes aux droits fondamentaux : une exception au principe de la base légale ?

Chloé Marinoni (BLaw student, Université de Fribourg)

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Einwilligung im Zusammenhang mit Grundrechtseingriffen im Schweizer Recht. Die Autorin untersucht, ob und in welchen Fällen die Einwilligung eines Individuums die dritte Ausnahme vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage gemäss Art. 36 Abs. 1 BV darstellen kann, die für die Einschränkung eines Grundrechts essenziell und ein Grundpfeiler der Rechtsstaatlichkeit ist.

Introduction

De prime abord, d'aucuns pourraient penser qu'une atteinte aux droits fondamentaux, qu'il s'agisse d'une restriction ou d'une violation, peut uniquement être une mesure imposée par l'État. Toutefois, il arrive qu'une personne y ait consenti.

Les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ne sont pas des droits absolus et peuvent être restreints si les conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies. Cet article régit les restrictions des droits fondamentaux en les soumettant à trois conditions. La condition de la base légale, qui va retenir notre attention tout au long de cette contribution, contient deux exceptions. La première est celle de la clause générale de police et la deuxième celle du rapport de droit spécial. L'objectif principal de cette contribution est alors d'analyser si le consentement peut constituer la troisième exception à la condition de la base légale, condition fondamentale de l'État de droit.

Cette contribution analysera dans un premier temps la définition, les conditions du consentement et la distinction entre ce dernier et la renonciation (*infra* I), dans un deuxième temps, la question de la révocation ultérieure (*infra* II). Puis, dans un troisième temps, cette contribution examinera le respect des principes de l'État de droit (*infra* III), et finalement le consentement comme acte unilatéral légitimant la restriction de l'État (*infra* IV).

I. Définition, conditions et distinction

Le consentement d'un individu ou d'une entité est une manifestation de volonté parfaitement libre et nécessitant une réception¹. En droit public, il s'agit de l'acceptation d'une situation juridique précise, produite par le comportement d'un État, qui peut nuire à, voire engendrer des obligations à la charge de celui qui l'accepte volontairement².

Pour que ce consentement soit valable et puisse produire des effets, il est nécessaire que les conditions suivantes soient remplies. En premier lieu, la condition essentielle est la capacité de discernement qui doit être remplie, faute de quoi le consentement sera nul³. En second lieu, l'individu qui consent doit également agir en connaissance de cause et de manière volontaire sans influence externe⁴. Ainsi, la volonté exprimée doit correspondre à la volonté dite naturelle, à savoir la « faculté de décider librement ou d'agir ou de s'en abstenir »⁵.

Ensuite, pour que ce choix soit par conséquent libre, le consentement ne doit pas souffrir d'un vice du consentement⁶ ou d'une lacune le frappant temporairement notamment au niveau du contenu de celui-ci⁷. À titre d'exemple, une personne touchée par une maladie mentale ne pourrait pas donner un consentement juridiquement valable car il est impossible de

¹ Z. CHEN, Der Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im schweizerischen Strafprozess, Zurich 2014, pp. 10 et 12.

² Par analogie au droit allemand : K. AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes – Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981, p. 14 ; CHEN (n. 1), p. 10.

³ S. GROS, La volonté naturelle en droit privé suisse, in : S. Besson/Y. Mauten/P. Pichonnaz (édit.), Le consentement en droit, Genève/Zurich 2018, p. 103.

⁴ CHEN (n. 1), pp. 10 et 12.

⁵ GROS (n. 3), p. 86.

⁶ AMELUNG (n. 2), p. 24 ; M. CHERUBINI, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, thèse Fribourg, Bâle 2016, N 395.

⁷ L. HUG, Einwilligung in die Impfung – wenn sie Eltern und Kind nicht einig sind, Zurich 2015, N 170.

s'assurer qu'il s'agit de la réelle volonté de la personne⁸.

Enfin, il convient de distinguer entre le consentement aux atteintes aux droits fondamentaux et la renonciation à ces derniers. La renonciation est le fait d'accepter pleinement de ne plus pouvoir jouir d'un droit pendant une durée déterminée alors que consentir à une atteinte est le fait de décider de ne pas exercer un droit⁹. Si la renonciation au sens strict aux droits fondamentaux est interdite par l'art. 27 CC, le fait de consentir à une atteinte ne l'est pas¹⁰.

II. La révocation ultérieure

La question de la révocation ultérieure du consentement et les circonstances dans lesquelles cette dernière est envisageable est cruciale pour la suite de cette contribution.

La doctrine majoritaire est d'avis qu'un consentement peut être révoqué¹¹. DUBEY estime que peu importe le type d'atteinte et la gravité de celle-ci, l'individu peut, à chaque instant et sans raison, révoquer son consentement¹². SCHEFER arrive à la même conclusion pour des raisons différentes : il explique que le consentement aux atteintes graves est révocable puisque celui-ci est simplement inadmissible (*infra* III) et donc dépourvu d'effets juridiques¹³.

En revanche, selon CHEN, le consentement perd son sens et devient inutile s'il est révocable ; il n'y aurait donc pas d'intérêt à consentir puisqu'il n'aurait aucune incidence¹⁴. Pour que le consentement ait un impact juridique, il faut qu'il soit contraignant pour toute la durée de validité du consentement¹⁵. Faute de quoi, chaque médecin pourrait être poursuivi pénalement après une opération¹⁶. Cette contribution et les discussions autour du consentement n'auraient effectivement pas lieu si le consentement n'avait aucun

poids, c'est pourquoi nous partageons l'avis de CHEN.

III. Le respect des principes de l'État de droit

A. Les atteintes graves

La validité du consentement dépend en grande partie de l'intensité de l'atteinte, dès lors, il est important de différencier les atteintes graves des atteintes de plus faible intensité. Il n'existe pas de définition précise d'une atteinte grave¹⁷. Il convient donc de mesurer les atteintes sur la base d'une pesée des intérêts entre ceux contradictoires de l'individu et ceux de la collectivité publique¹⁸. À titre d'illustration, le niveau d'atteinte à la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst.) occasionné par une fouille corporelle dans le cadre d'un soupçon de possession d'objets interdits, sera corrélé à l'état de nudité de la personne fouillée¹⁹. Une simple fouille par-dessus des vêtements est donc moins lourde qu'une fouille de la personne en sous-vêtements²⁰.

D'une part, la validité d'un consentement est totalement rejetée par la doctrine lorsqu'il s'agit d'atteintes graves. Comme nous le verrons, la principale cause en est le respect de la base légale. Pour restreindre les droits fondamentaux, l'art. 36 al. 1 Cst. deuxième phrase exige une base légale formelle afin de respecter la participation démocratique directe²¹ et avant tout le processus législatif si particulier qu'une loi au sens formel requiert²². Cette exception au principe de la base légale que peut être le consentement est, par conséquent, inenvisageable quand il s'agit d'atteintes

⁸ O. GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient – Autodétermination ou paternalisme ?*, Neuchâtel 1986, p. 105.

⁹ J. DUBEY, *Droits fondamentaux – Volume I : Notion, garantie, restriction et juridiction*, Bâle 2018, N 263 et 264.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Idem*, N 269 ; GUILLOD (n. 8), N 454 ; M. SCHEFER, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten – Zur Dogmatik von Art. 36 BV*, Berne 2006, p. 79 ; contra : CHEN (n. 1), p. 11.

¹² DUBEY (n. 9), N 269.

¹³ ATF 124 II 436, c. 10e, RDAF 1999 I p. 470 (rés.) ; SCHEFER (n. 11), N 79.

¹⁴ CHEN (n. 1), p. 11.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Idem*, p. 12.

¹⁷ J. DUBEY, art. 36, Cst. in : V. Martenet/J. Dubey (édit.), *Commentaire romand – Constitution Fédérale – Préambule – art. 80 Cst.*, Bâle 2021, N 41 (ci-après « CR Cst.-DUBEY, art. ») ; L. RAMELET, *Le consentement et la légitimité morale du pouvoir politique*, in : S. BESSON/Y. MAUSEN/P. PICHONNAZ (édit.), *Le consentement en droit*, Genève/Zurich 2018, p. 17.

¹⁸ CR Cst.-DUBEY (n. 17), art. 36 N 41 ; M. SCHEFER (n. 11), p. 18.

¹⁹ M. MOHLER, *Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz*, Bâle 2012, N 1366.

²⁰ M. MOHLER, *Sicherheitsbezogene Zutrittskontrollen zu Stadien – Möglichkeiten und Grenzen, auch des Einsatzes privater Sicherheitsdienste*, in : S&D 2010/2011, p. 75.

²¹ I. HÄNER, *Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlung*, in : ZBI 2002, p. 74 ; SCHEFER (n. 11), p. 71.

²² E.M. BESLER/B. WALDMANN, *Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren*, 2^e éd., Zurich 2021, §7 N 28 ; HÄNER (n. 21), p. 73.

graves, car il n'appartient pas au citoyen de décider unilatéralement si certaines lois doivent être soumises au débat public ou non²³. Cela reviendrait à bafouer les principes même de l'État de droit.

D'autre part, les exigences concernant le rang et la densité de la base légale posées par l'État lui-même et nécessaires pour restreindre un droit fondamental seraient ignorées²⁴. De cette façon, l'État violerait ses devoirs ainsi que l'art. 36 Cst. en lien direct avec l'art. 5 al. 1 Cst. qui dispose que le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Il violerait ainsi une règle de droit impératif contraire à l'intérêt public²⁵.

Enfin, accepter un tel consentement contreviendrait aux principes de sécurité du droit et d'application uniforme du droit²⁶. La prévisibilité, qui peut être déduite du principe de sécurité du droit, est absolument indispensable car elle permet au citoyen de mesurer les conséquences de ses actions et de les adapter en fonction d'une loi suffisamment précise²⁷.

DUBÉY pose deux conditions à la validité du consentement²⁸. La première est que le consentement ne doit pas porter atteinte au noyau intangible des droits fondamentaux ou sur des droits fondamentaux auxquels il est impossible de renoncer²⁹. La deuxième est la nécessité de la présence d'une base légale³⁰. Conformément au principe de légalité, la restriction ne peut pas être dépourvue de base légale, mais il est important de noter que les exigences en matière de formalité de la base légale et en matière de densité normative seront bien plus faibles dans ce schéma-là³¹. Nous constatons alors que DUBÉY est, certes, en faveur du consentement mais ne considère pas cette possibilité comme

une exception au principe de légalité.

B. Les atteintes de faible intensité

Si nous avons observé que dans une grande majorité de la doctrine, les auteurs ont un avis concordant sur la question du consentement aux atteintes graves, il en va différemment des atteintes de faible intensité.

Une partie de la doctrine est d'avis qu'il est impossible de consentir à une atteinte de moins grande intensité³². EPINEY partage cette opinion et explique que l'art. 5 Cst. doit être respecté de manière absolue, et ceci sans égard à l'intensité de l'atteinte, elle ajoute en outre que l'art. 36 Cst. ne mentionne à aucun moment une exception telle que le consentement en tant que source de dérogation au principe de légalité³³. Une interprétation littérale de l'art. 36 al. 1 deuxième phrase permet de conclure qu'il est, en l'occurrence, question des exigences relatives aux atteintes graves, induisant dès lors que l'al. 1 première phrase se rapporte, elle, aux atteintes normales qui sont, selon nous, comparable aux atteintes de faible intensité³⁴.

IV. Le consentement comme acte légitimant la restriction

De manière générale, une partie de la doctrine est d'avis qu'il est possible de consentir à des atteintes aux droits fondamentaux lorsque celles-ci sont d'intensité faible³⁵. Nous allons analyser les différentes raisons pour lesquelles il est possible de consentir.

HÄNER estime que ce consentement est possible pour les atteintes mineures uniquement s'il permet de se substituer au principe de la légalité et aux autres maximes de l'État de droit³⁶. Le principe de la légalité étant un élément clé pour respecter les principes de l'État de droit, il est nécessaire qu'il puisse être substitué par le consentement³⁷ sans quoi, la prévisibilité de

²³ SCHEFER (n. 11), p. 71.

²⁴ CR Cst.-DUBÉY (n. 17), art. 36 N 75.

²⁵ HÄNER (n. 21), p. 73.

²⁶ *Idem*, pp. 63 et 74.

²⁷ ATF 146 I 11, c. 3.1.2 (non traduit au JdT) ; A. FLÜCKIGER, (Re)faire la loi – Traité de légistique à l'ère du droit souple, Genève 2019, p. 550.

²⁸ DUBÉY (n. 9), N 266.

²⁹ *Idem*, N 267 ; R. KIENER/W. KÄLIN/J. WYTTEBACH, Grundrechte, 3^e éd., Berne 2018, §9 N 5 ; P. MAHON, art. 36 Cst., in: J.F. Aubert/P. Mahon (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 268 ; C. ROUILLER, Le principe de la légalité en droit public suisse, in: C.A. Morand (édit.), La légalité : un principe à géométrie variable, Bâle 1992, p. 14.

³⁰ DUBÉY (n. 9), N 268.

³¹ *Ibidem*.

³² BESLER/WALDMANN (n. 22), §7 N 28 ; CR Cst.-DUBÉY (n. 17), art. 36 N 75 ; A. EPINEY, art. 36 Cst., in: B. Waldmann/E.M. Besler /A. Epiney (édit.), Basler Kommentar – Bundesverfassung, Bâle 2015 (ci-après « BSK BV-EPINEY, art. »), N 32.

³³ DUBÉY (n. 17), art. 5 N 14 ; BSK BV-EPINEY (n. 29), art. 5 N 40 ss et art. 36 N 32.

³⁴ BSK BV-EPINEY (n. 29), art. 36 N 32.

³⁵ BESLER/WALDMANN (n. 22), §7 N 28 ; SCHEFER (n. 11), p. 72 ; R.J. SCHWEIZER, art. 36 Cst., in: B. Ehrenzeller et al. (édit.), St. Galler Kommentar – Die schweizerische Bundesverfassung – Art. 1 - 80, 3^e éd., Saint-Gall 2014, N 30.

³⁶ HÄNER (n. 21), p. 63.

³⁷ *Idem*, p. 67.

l'intervention de l'État et ainsi la fonction de protection juridique ne seraient pas respectées³⁸.

D'autres auteurs semblent répondre à la question en distinguant les autorités qui ont la compétence de légiférer au travers d'une ordonnance, et celles qui n'ont pas cette faculté³⁹. Les autorités qui ne possèdent pas cette compétence législative ne peuvent en aucun cas pallier cela en se basant sur le consentement de la personne⁴⁰. En revanche, si l'autorité est capable de légiférer notamment au moyen d'une ordonnance, alors, le consentement de la personne peut, dans un cas précis, combler le manque de base légale⁴¹. Il s'agit ici de cas qui ne peuvent pas être réglementés de manière générale en raison de leurs spécificités qui ne permettent pas de les rassembler dans une seule et même catégorie⁴². Il serait donc autorisé de porter atteinte aux droits fondamentaux, même en l'absence de base légale, si l'autorité est habilitée à régler l'atteinte en question au travers d'une ordonnance⁴³.

Conclusion

La problématique du consentement des atteintes des droits fondamentaux et sa potentielle acceptation reste, à ce jour, controversée et aucune réponse unanime ne se dégage de la doctrine.

Le consentement est, cependant, pour la grande majorité de la doctrine exclu en ce qui concerne les atteintes graves aux droits fondamentaux, et ce afin de préserver le respect du droit impératif et les maximes les plus fondamentales de l'État de droit.

En ce qui concerne les atteintes de faible intensité, les avis divergent. Le consentement est accepté lorsque les maximes de l'État de droit peuvent être respectées ou lorsque l'autorité en question est à même de légiférer.

En définitive, le consentement aux atteintes aux droits fondamentaux pourrait être considéré comme une ultime parcelle de liberté laissée aux citoyens dans l'exercice de leur autodétermination. C'est ainsi que l'État, de manière mesurée et encadrée, peut ne respecter que partiellement la condition de la base légale.

³⁸ *Idem*, p. 63.

³⁹ SCHEFER (n. 11), p. 72.

⁴⁰ BESLER/WALDMANN (n. 22), §7 N 28.

⁴¹ SCHEFER (n. 11), p. 72.

⁴² BESLER/WALDMANN (n. 22), §7 N 28.

⁴³ SCHEFER (n. 11), p. 72.

Art. 179b Abs. 4 TSchV – ein Artikel zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz

Miriam Binggeli (BLaw student, Universität Freiburg)

Afin de réduire la souffrance animale, la Loi suisse sur la protection des animaux prévoit l'obligation d'étourdir tous les mammifères lors de l'abattage. La présente contribution porte sur l'art. 179b OPAn qui, au contraire, autorise explicitement l'abattage rituel des volailles sans étourdissement. L'auteure examine la question de la pertinence de cette distinction à la lumière des connaissances scientifiques en la matière. En outre, elle exploite les possibles pistes permettant de concilier la protection animale et la liberté de religion.

Einleitung

Tierschutz wird ein immer wichtigeres Thema in der Schweiz. So wurde erst kürzlich über die Massentierhaltungsinitiative abgestimmt, die diese Haltungform in der Schweiz verbieten wollte. Zwar wurde die Initiative abgelehnt, dennoch sieht man, dass politisch Druck in diese Richtung ausgeübt wird.¹ Mittlerweile ernährt sich auch rund ein Viertel der schweizerischen Bevölkerung ausschliesslich oder überwiegend vegetarisch oder vegan.²

Sowohl das Judentum als auch der Islam verlangen eine bestimmte Art der rituellen Schlachtung, das Schächten, damit Fleisch für Angehörige der Religionen als rein und somit verzehrbar gilt. In der Schweiz gibt es aber seit 1893 ein Schächtverbot bzw. ein Verbot der Schlachtung von Säugetieren ohne Betäubung.³ Während sich früher hinter den «Tierschutzargumenten» vor allem Antisemitismus versteckte, stützt man sich heute auf wissenschaftliche Erkenntnisse.⁴ Natürlich kann nicht

ausgeschlossen werden, dass auch noch heute fremdenfeindliche Aspekte Einfluss haben,⁵ aber neuere Forschungsergebnisse belegen, dass eine Betäubung zu weniger Schmerz und Stress bei der Schlachtung führt.

Interessant ist in diesem Kontext die Ausnahme von der Betäubungspflicht für die rituelle Geflügelschlachtung. Im Wissen darum, dass dies nur ein kleinen Bruchteil der Thematik ausmacht, legt folgender Text den Fokus auf genau diese Ausnahme, und darauf, ob die Ungleichbehandlung von Säugetieren und Geflügel in diesem Fall sinnvoll ist.

I. Die Ausgangslage

A. Schächten

Die jüdischen Speisegesetze verbieten den Verzehr von Blut, da es als Sitz der Seele betrachtet wird.⁶ Ebenso untersagt der Islam den Konsum von Lebensmitteln, die Blut enthalten, denn sie sind nicht halal.⁷ Deswegen braucht es eine besondere Art der Schlachtung, das Schächten, um das daraus gewonnene Fleisch so blutarm wie möglich zu halten. Schächten bedeutet ein Tier durch Halsschnitt und Ausbluten lassen zu töten.⁸

Eine Betäubung kann die Reinheit des Fleisches gefährden, da innere Verletzungen resultieren können, was das Fleisch für Jüd:innen unrein machen würde.⁹

Fremdenfeindlichkeit, Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, Band 42, Diss., Zürich 2000, S. 54 ff.; zur Islamfeindlichkeit vgl. auch S. 246, 250 ff.

⁵ Artikel von Josef LANG in der WOZ Nr. 08/2021, Die Geister des Schächtverbots, 25.2.2021, abrufbar unter <<https://www.woz.ch/-b42b>> (besucht am 4.11.2022), in dem die Initiative von 1893 mit der Burkaverbotsinitiative verglichen wird.

⁶ A. NACHAMA/W. HOMOLKA/H. BOMHOFF, Basiswissen Judentum, Freiburg im Breisgau et al. 2015, S. 389.

⁷ M. TWORUSCHKA, Grundwissen Islam, Religion | Politik | Gesellschaft, 4. Aufl., Münster 2017, S. 239 f.

⁸ Duden «schächten», 2022, abrufbar unter: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/schaechten>> (besucht am 28.10.2022).

⁹ J.B. METZLER, EJKG-Enzyklopädie jüdischer Geschichte und Kultur, Band 5 Pr-Sy, Dan Diner (Hrsg.), 2014 Stuttgart, S. 342.

¹ Resultate der Abstimmung, 25.9.2022, abrufbar unter: <[Vorlage Nr. 658 \(admin.ch\)](https://www.admin.ch)> (besucht am 4.11.2022).

² Umfrage durch swissveg, 2021, abrufbar unter: <<https://www.swissveg.ch/veg-umfrage?language=de>> (besucht am 28.10.2022).

³ Vergleiche die Chronologie der Volksinitiativen der Bundeskanzlei, 27.10.2022, abrufbar unter: <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_1.html> (besucht am 28.10.2022).

⁴ P. KRAUTHAMMER, Das Schächtverbot in der Schweiz 1854-2000, Die Schächtfrage zwischen Tierschutz, Politik und

Ist die Betäubung Todesursache, blutet das Tier nicht optimal aus, weil das Herz nicht mehr schlägt und so mehr Blut im Fleisch zurückbleibt.¹⁰

Auch im muslimischen Glauben ist eine vorherige Betäubung umstritten, da befürchtet wird, das Ausbluten würde nicht richtig funktionieren oder das Fleisch werde durch einen vorzeitigen Tod des Tieres unbrauchbar.¹¹ Es gibt aber Stimmen, welche das Betäuben vor dem Schächten als mit dem islamischen Recht vereinbar sehen.¹²

Zu betonen ist: Beide Religionen verlangen die Schächtung aus religiösen Gründen und nicht etwa aus tierfeindlicher Gesinnung.¹³ So wird in jüdischen Kreisen die Massentierhaltung z.T. als religiös bedenklich und nicht koscher gesehen, da der vorgeschriebene Respekt gegenüber Lebewesen fehle.¹⁴

B. Die geltende Tierschutzgesetzgebung

Art. 80 BV weist dem Bund die Kompetenz zu, Vorschriften zum Schutz der Tiere zu erlassen. Der Vollzug ist Kantonssache nach Art. 80 Abs. 3 BV. Der Begriff «Tiere» wird nicht erklärt, er umfasst aber alle Wirbeltiere, da diese mit Sicherheit Schmerzen empfinden können.¹⁵ Der nicht näher spezifizierte Begriff ermöglicht, neue wissenschaftliche Erkenntnisse über das Schmerzempfinden von Lebewesen einfließen zu lassen und somit den Schutz von Art. 80 BV auch auf wirbellose Tiere auszudehnen.¹⁶ Der Artikel soll Schutz vor Schmerz, Leid, Stress und Angst, aber auch Erniedrigung bieten.¹⁷ Mittlerweile sind in Art. 1 TSchV Kopffüßer und Panzerkrebse explizit aufgenommen und auch die VtSchS sieht in

Art. 1 Abs. 2 lit. f Schlachtregelungen für Panzerkrebse vor.¹⁸

Das Schlachten von Säugetieren ohne vorherige Betäubung wird in Art. 21 Abs. 1 TSchG verboten. Der Bundesrat hätte nach Art. 21 Abs. 2 TSchG das Recht, auch die Schlachtung anderer Tiere einer Betäubungspflicht zu unterstellen. Gemäss Art. 179b Abs. 4 TSchV wird Geflügel bei einer rituellen Schlachtung aber ausdrücklich von der Betäubungspflicht ausgenommen.

C. Schmerzempfinden bei der Schlachtung

Um den Halsschnitt bei der Schächtung korrekt ausführen zu können, werden die Tiere auf den Rücken gedreht, bei Rindern wird der Kopf zusätzlich mit einer Metallgabel fixiert und überstreckt, was bereits zu Verletzungen und Stress führen kann.¹⁹ MOUSA, der sich auf eine Studie des deutschen Bundesamtes für Ernährung stützt, und LEVINGER sprechen beide davon, dass der korrekt ausgeführte Schächtschnitt direkt zu einem Schock führt und das Tier so keine Schmerzen erleidet.²⁰

Andere Forschungsmeinungen gehen davon aus, Tiere erlitten durch den Halsschnitt erhebliche Schmerzen und er führe nicht zur sofortigen Bewusstlosigkeit, wie es bei einem Narkotisierungsverfahren der Fall ist.²¹ Hirnstrommessungen ergaben, dass bei einem Bolzenschuss oder Elektrobetäubung das Bewusstsein nach Sekundenbruchteilen ausgeschaltet wird, während bei einem Halsschnitt in Einzelfällen sogar nach

¹⁰ I.M. LEVINGER, Die jüdische Schlachtmethode, in: R. Potz/B. Schinkele/W. Wieshaider (Hrsg.), Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz, religionsrechtliche Studien, Band 2, Freistadt et al. 2001, S. 1 ff., S. 14.

¹¹ TWORUSCHKA, (Fn. 7), S. 240.

¹² TWORUSCHKA, (Fn. 7), S. 240 f.

¹³ TWORUSCHKA, (Fn. 7), S. 241.

¹⁴ NACHAMA/HOMOLKA/BOMHOFF, (Fn 6), S. 399.

¹⁵ Botschaft zum Tierschutzgesetz, BBl 1977 I 1075 ff, 1085, (zit. Botschaft Tierschutzgesetz); Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes, BBl 2002 657 ff., 674.

¹⁶ L. SCHÄRMELI/A. GRIFFEL, Art. 80, in: B. Waldmann/E.M. Belser /A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015. (zit. BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL), N 14.

¹⁷ C. ERRASS, Art. 80, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R.J. Schweizer/K.A. Vallender (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014, N 16; BSK BV-SCHÄRMELI/GRIFFEL (Fn. 16), Art. 80 N 12.

¹⁸ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamts für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen, Mehr Tierschutz beim Schlachten ab 2022, 20.12.2021, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86534.html>> (besucht am 28.10.2022).

¹⁹ S. HORANYI, Das Schächtverbot zwischen Tierschutz und Religionsfreiheit, Eine Güterabwägung und interdisziplinäre Darstellung von Lösungsansätzen, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 70, Diss., Basel et al. 2004, S. 262; Der deutsche Tierschutzbund zum betäubungslosen Schlachten bzw. Schächten, S. 2, 26.1.2010, abrufbar unter: <https://www.tierschutzbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Positionspapiere/Landwirtschaft/Schaechten.pdf> (besucht am 28.10.2022).

²⁰ H. MOUSA, Schächten im Islam, in: R. Potz/B. Schinkele /W. Wieshaider (Hrsg.), Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz, religionsrechtliche Studien, Band 2, Freistadt et al. 2001, S. 16 ff., S. 26; LEVINGER (Fn. 10), S. 8 ff.

²¹ HORANYI (Fn. 19), S.262 f.

6 Minuten noch Hirnaktivitäten erkennbar sind.²²

Der EuGH geht ebenfalls davon aus, eine betäubungslose Schlachtung sei eher nicht geeignet, um Schmerzen, Leid und Stress zu verringern.²³ Die Federation of Veterinarians of Europe rät auch von einer Schlachtung ohne Betäubung ab, u.a. weil die Tiere dadurch später das Bewusstsein verlieren und so länger Schmerzen spüren oder Blut einatmen können.²⁴ Ähnliche Ergebnisse hat eine Studie im Rahmen des Projekts Dialrel geliefert.²⁵ Sie zeigt ein höheres Risiko für längeres Bewusstsein und Schmerzempfinden, wenn nicht bzw. erst nachträglich betäubt wird.²⁶

II. Das Spannungsverhältnis zwischen Tierschutz und Religionsfreiheit

Wie aufgezeigt, widerspricht das Schächtverbot für Säugetiere unter Umständen den Anforderungen des Islams und des Judentums an eine korrekte Schlachtung. Konflikte können sich demnach zwischen den Tierschutzregeln und der Religionsfreiheit nach Art. 15 BV ergeben, da ein religiöser Akt beschränkt wird.²⁷

A. Die rituelle Schlachtung von Geflügel ohne Betäubung

Gemildert wird der Konflikt durch den Vorbehalt von Art. 179b Abs. 4 TSchV, welcher Geflügel bei einer rituellen Schlachtung ausdrücklich von der Betäubungspflicht ausnimmt.

Dies Regelung erscheint auf rechtlicher Ebene

²² Der deutsche Tierschutzbund zum betäubungslosen Schlachten bzw. Schächten, S. 2, 26.1.2010, abrufbar unter: <https://www.tierschutzbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Positionspapiere/Landwirtschaft/Schaechten.pdf> (besucht am 28.10.2022).

²³ EuGH (GK), Urteil vom 26.2.2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs* (OABA), C-497/17, Ziff. 48.

²⁴ Positionspapier des FVE, 2002, abrufbar unter: <https://fve.org/cms/wp-content/uploads/fve_02_104_slaughter_prior_stunning.pdf> (besucht am 28.10.2022).

²⁵ Ein Projekt der EU, dessen Ziel es war, einen Dialog über das religiöse Schlachten zu ermöglichen, 2009, abrufbar unter: <<https://www.dialrel.net/dialrel/welcome.html>> (besucht am 28.10.2022).

²⁶ Ergebnisse der Studie von Dialrel, S. 59 f., Februar 2010, abrufbar unter: <<https://www.dialrel.net/dialrel/images/veterinary-concerns.pdf>> (besucht am 28.10.2022).

²⁷ Botschaft Tierschutzgesetz (Fn. 15), 1092.

inkonsequent. Mittlerweile ist anerkannt, dass beispielsweise Hühner bereits ab dem 15. Entwicklungstag ein Schmerzempfinden haben.²⁸ Es ist somit aus tierenschutzrechtlicher Perspektive unverständlich, wieso diese betäubungslos geschlachtet werden dürfen. Hier liegt ein Kompromiss zu Gunsten der Religionsfreiheit vor, da in diesem Fall der Tierschutz als weniger gewichtig eingestuft wird. Die Einteilung erscheint willkürlich, da unklar ist, wo genau die Grenze gezogen wird. Die Fähigkeit eines Tieres, Schmerzen zu empfinden, kann es nicht sein, sonst müsste Geflügel auch unter das Schächtverbot nach Art. 21 TSchG fallen. Konsequenter wäre es, entweder für alle schmerzempfindlichen Tiere eine Betäubungspflicht vorzusehen oder aber die Schächtung von Tieren aus rituellen Gründen allgemein zu erlauben.

Meines Erachtens ist es Zeit, dass der Bundesrat seine Kompetenz nutzt und auch bei Geflügelschlachtungen eine Betäubung vorsieht. Dies, damit die Ziele von Art. 80 BV erreicht werden. Um weiterhin auch die Religionsfreiheit gewährleisten zu können, müssen andere Lösungen gefunden werden.

B. Der Import von Koscher- und Halalfleisch

Als Lösung bietet sich die Möglichkeit des Imports von Koscher- bzw. Halalfleisch an. Art. 14 Abs. 1 TSchG statuiert einen ausdrücklichen Vorbehalt für den Koscher- bzw. Halalfleischimport, um eine ausreichende Versorgung der betroffenen Gemeinschaften sicherzustellen. Nur natürliche und juristische Personen, die jüdischen oder muslimischen Gemeinschaften angehören, dürfen geschächtetes Fleisch innerhalb der Kontingente von Art. 14 Abs. 1 lit. c-f SV unter bestimmten Voraussetzungen nach Art. 18 und 18a SV beziehen.

Fraglich ist, ob es dem Tierschutzgedanken nicht widerspricht, wenn Fleisch, das nach Schweizer Recht nicht konform geschlachtet wurde, importiert werden darf. Ein diskutiertes Importverbot wurde durch den Bundesrat abgelehnt, da es in Kombination mit dem Schächtverbot die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 15 BV verletzen würde,

²⁸ Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestages, Zum Schmerzempfinden von Hühnerembryonen, 2020, abrufbar unter: <<https://www.bundestag.de/resource/blob/805020/58284d172e611640db4dc17ec59d0865/WD-8-075-20-pdf-data.pdf>> (besucht am 28.10.2022).

da sich dessen Schutzbereich auf die Einhaltung von Speisevorschriften erstreckt.²⁹ Meiner Meinung nach ist dies ein besserer Kompromiss zwischen Tierschutz und Religionsfreiheit als das betäubungslose Schlachten bei Geflügel. Rechtlich gesehen entfalten die schweizerischen Gesetze nur in der Schweiz und nicht auch im Ausland Wirkung und die Einfuhr ist nur in engen Grenzen und für bestimmte religiöse Gruppen erlaubt. Dennoch wird so die Ausübung der religiösen Freiheit nicht verunmöglicht.

Weitere denkbare Lösungsansätze sind der Verzicht auf Fleisch im Einzelfall oder die Weiterentwicklung der Betäubungsmethoden, um diese mit den Anforderungen der Religionen vereinbaren zu können. Letzteres wäre sicherlich die beste Lösung, da so die tierschutzrechtlichen, sowie die religiösen Interessen miteinander vereinbar wären.

Fazit

Das Blutgenussverbot und daraus folgend spezielle Schlachtregeln können zu Spannungen zwischen Tierschutz und der Freiheit der Religionsausübung führen.

Momentan wird der Konflikt durch Art. 179b Abs. 4 TSchV gemildert, welcher Geflügel bei ritueller Schlachtung von der Betäubungspflicht ausnimmt. Geflügel vom betäubungslosen Schächtverbot auszunehmen, ist im Hinblick auf die Schlachtregelungen für weniger weit entwickelte Tiere wie Panzerkrebse aber inkonsequent und kaum nachvollziehbar. Die Abgrenzung erscheint willkürlich. Um eine klare Rechtslage zu schaffen, sollte der Bundesrat von seiner Kompetenz in Art. 21 Abs. 2 TSchG Gebrauch machen und auch rituelle Geflügelschlachtungen einer Betäubungspflicht unterstellen.

Viel eher ist der beschränkte Import, als Kompromisslösung, zu bevorzugen bzw. wie oben geschildert sind auch andere Vorschläge denkbar.

Die schweizerischen Tierschutzregeln bzgl. der Schlachtung sind eher strikt, was meines Erachtens richtig ist. Die Ablehnung strengerer Tierschutzgesetze durchs Volk (siehe die abgelehnte

Massentierhaltungsinitiative), lässt aber vermuten, dass hinter dem Schächtverbot auch heute noch politische und diskriminierende Gründe stecken. Begründungen fürs Schächtverbot, welche sich nicht auf den Tierschutz und die wissenschaftlichen Erkenntnisse stützen, sondern die Einschränkung der Religionsausübung zum Ziel haben, dürfen keinesfalls akzeptiert werden.

²⁹ Amtliches Bulletin Nationalrat 2016 3464 mit Verweis auf die Botschaft «Für einen zeitgemässen Tierschutz», BBl 2004 3283 ff., 3291; BGer, Urteil vom 14. November 2007, 2C_89/2007, E. 8.

La fermeture des frontières durant la crise du Covid-19 – Analyse de la légalité

Jeanne Stassen (BLaw student, Université de Fribourg)

Angesichts der Covid-19-Krise haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des Schengen-Raums verschiedene Massnahmen zur Einschränkung der Freizügigkeit ergriffen. Durch die vollständige Schliessung der Grenzen oder die Wiedereinführung von Kontrollen vernachlässigten sie den Binnenmarkt und stellten ihre nationalen Interessen in den Vordergrund. Die Nichteinhaltung der Verfahren zur Wiedereinführung von Kontrollen und die Gründe für diese Wiedereinführung stellen Verstösse gegen das Gemeinschaftsrecht dar. Die Empfehlungen der EU, die eine Koordinierung der staatlichen Massnahmen förderten, wurden in der Praxis zum Grossteil nicht befolgt.

Introduction

Dès mars 2020, la maladie infectieuse du Covid-19 (SARS-CoV-2) a bouleversé le continent européen. Pour faire face à la menace constituée par ce virus encore inconnu, les États membres de l'Union européenne (ci-après : l'UE) ont adopté des mesures drastiques de restrictions de la libre circulation des personnes en vue de protéger leurs populations. Vingt-cinq ans après la mise en œuvre de l'Accord de Schengen visant à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, ce premier réflexe de défense des États membres donne lieu à plusieurs questionnements quant à l'efficacité du marché intérieur et à la place de la souveraineté étatique dans un tel contexte de crise sanitaire, sociale et économique.

Cet article vise à examiner la légalité des fermetures des frontières pendant la crise du Covid-19. Il conviendra donc, dans un premier temps, d'observer certaines mesures adoptées par les États membres pour faire face à la menace constituée par le virus (*infra* I), dans un second temps, de mettre en relation les mesures en cause et le droit communautaire, précisément le Code frontières Schengen (ci-après : CFS), afin d'analyser leur compatibilité (*infra* II) et, enfin, d'analyser la mise en œuvre des recommandations de l'UE par les États membres (*infra* III).

I. Mesures prises par les États Schengen

Avant toutes choses, il est important de distinguer entre les mesures de restriction de la libre circulation des personnes imposées aux frontières extérieures de l'espace Schengen, qui concernent les ressortissants d'États tiers, et les mesures prises aux frontières intérieures qui, elles, ont un impact direct sur la mobilité intra-Schengen¹. Cdes mesures appartenant à cette seconde catégorie dont il sera question dans cette première partie.

A. Réintroduction des contrôles aux frontières intérieures

Dès début mars 2020, une majorité d'États Schengen, dont la Suisse, réintroduisirent les contrôles à leurs frontières intérieures, sur la base des art. 25 ss CFS². Précisément, l'Autriche fut la première à adopter cette mesure en notifiant le 11 mars 2020 la réintroduction des contrôles à ses frontières avec l'Italie³. Elle fut suivie sans délai par les autres États membres, si bien qu'au 27 avril 2020, 17 États Schengen avaient notifié à la Commission la réintroduction des contrôles à leurs frontières intérieures⁴. Certains États appliquèrent les contrôles sur l'ensemble de leurs frontières, ce fut par exemple le cas de la France, alors que d'autres

¹ S. PROGIN-THEUERKAUF, Grenzkontrollen und Einreiseverbote freizügigkeitsberechtigter Personen in Zeiten von COVID-19, 30.4.2020, Jusletter Coronavirus-Blog, <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/progin.html>> (consulté le 31.10.2022).

² S. CARRERA/N.C. LUK, In the Name of COVID-19: An Assessment of the Schengen Internal Border Controls and Travel Restrictions in the EU, 30.9.2020, >[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2020\)659506](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2020)659506)>, (consulté le 31.10.2022), p. 19 ; Liste des notifications par les États membres <https://ec.europa.eu/home-affairs/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_fr>, (consulté le 31.10.2022).

³ G. CHATTON/O. COLLAUD/N. GONSETH, La fermeture des frontières intérieures des États Schengen en réaction à la pandémie de Covid-19, Sécurité & Droit 3/2020, p. 159 ss, p. 167 s.

⁴ I. GOLDNER LANG, "Laws of Fear" in the EU, EJRR 02.2021, p. 3.

États limitèrent les contrôles à certains tronçons spécifiques, comme la Suisse, qui n'a réintroduit les contrôles qu'à sa frontière avec l'Italie⁵.

B. Interdiction d'entrée et de sortie sur le territoire d'un État

Parmi les mesures de restriction de la libre circulation imposées par les États Schengen, les plus strictes ont été celles, explicites, des déplacements au sein de l'Espace Schengen⁶. Elles ont consisté en des interdictions d'entrée et de sortie du territoire imposées par un État membre aux non-ressortissants de cet État. Les ressortissants étrangers pouvaient toutefois en être dispensés s'ils satisfaisaient à certaines conditions spécifiques déterminées par l'État en question. Lesdites interdictions pouvaient par exemple être levées pour les ressortissants étrangers fournissant des services essentiels, tels que le transport de marchandises ou le personnel médical. Partant, les ressortissants étrangers ne remplissant pas l'ensemble des conditions d'exemption se sont vu systématiquement refuser l'accès au territoire dudit État⁷.

II. Compatibilité des mesures avec le Code frontières Schengen

A. Délimitation entre contrôle et interdiction d'entrée

Bien que les défis de la crise sanitaire, en particulier la protection de la santé des citoyens, aient nécessité une action rapide des États membres, ces derniers étaient tenus au respect d'un certain cadre réglementaire. La réintroduction des contrôles aux frontières intérieures est prévue par le CFS et elle peut donc être appliquée de manière licite à certaines conditions. Néanmoins, la majorité des contrôles ont été effectués dans le but de systématiquement refuser l'accès au territoire d'un État pour toutes les personnes en provenance de certains États membres en particulier, sans prise en compte de la situation personnelle et de la santé du voyageur⁸. De tels contrôles équivalent *de facto* à des

interdictions totales de franchissements des frontières intérieures de l'espace Schengen, et constituent donc des restrictions à proprement parler de la libre circulation. Elles ne sont pas prévues par le CFS et sont proscrites au regard du droit de l'UE dans la mesure où elles constituent une privation absolue et disproportionnée d'entrée dans un État Schengen⁹.

B. Utilisation du motif de santé publique

Les art. 25 ss CFS n'envisagent que les motifs d'ordre public et de sécurité intérieure pour justifier la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures, à l'exclusion du motif de santé publique¹⁰. Néanmoins, dans sa communication relative aux mesures de gestion des frontières du 16 mars 2020¹¹, la Commission suggère que la protection de la santé publique peut être incluse dans les motifs d'ordre public et de sécurité intérieure dans la mesure où elle touche directement les intérêts fondamentaux de la société¹². Une telle interprétation extensive de l'art. 25 CFS est également favorisée par l'importante marge d'appréciation dont bénéficient les États membres concernant l'interprétation et l'application de ces motifs¹³.

C. Limites temporelles

Par ailleurs, les limites temporelles de la réintroduction des contrôles prévues par les art. 25 et 28 CFS, à savoir respectivement six mois et deux mois, ont été largement dépassées en pratique. Par l'allongement perpétuel de la période de réintroduction des contrôles initialement prévue, les États membres ont rendus lesdits contrôles quasi permanents¹⁴. Le cas autrichien a fait l'objet d'une demande préjudicielle à la Cour de Justice dans l'affaire *NW contre Landespolizeidirektion Steiermark*, où la Cour a été amenée à se prononcer sur la durée maximale des contrôles prévus aux

⁵ S. CARRERA/N.C. LUK, *Love thy neighbour?*, CEPS paper, Liberty and Security 04/2020, p. 2 ss.

⁶ CJUE, arrêt du 15.12.1995, *Bosman*, aff. C-415/93 ; CARRERA/LUK (n. 2), p. 11 ; GOLDNER LANG (n. 4), p. 4 s.

⁷ CARRERA/LUK (n. 5), p. 9 ; CHATTON/COLLAUD/GONSETH (n. 3), p. 170.

⁸ *Ibidem*.

⁹ GOLDNER LANG (n. 4), p. 4.

¹⁰ J.-Y. CARLIER ET AL. *The EU's response to Covid-19 between sovereignty, public health, and fundamental rights*, J.E.D.H. 2020/4-5, p. 233 ss, p. 238.

¹¹ Communication de la Commission européenne du 16.3.2020, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:086I:FULL&from=EN>>, pt V.18.

¹² CJUE, arrêt du 13.9.2016, *Secretary of State for the Home Department contre CS*, C-304/14, ch. 38 ; CJUE, arrêt du 24.6.2015, *H.T. contre Land Baden-Württemberg*, C-373/13, pt 79.

¹³ CJCE, arrêt du 4.12.1974, *Van Duyn*, 41/74, pt 18.

¹⁴ CARRERA/LUK (n. 5), p. 2.

art. 25 ss CFS¹⁵. Selon l'Avocat général, considérer les délais des art. 25 ss CFS comme des délais absolus porterait atteinte aux compétences des États membres attribuées par les art. 72 TFUE et 4 par. 2 TUE¹⁶. Bien que la Commission européenne plaide également en faveur de cette interprétation extensive, elle est discutable car elle admet une réintroduction des contrôles potentiellement infinie alors que les art. 25 ss CFS se définissent justement par le caractère temporaire de la réintroduction des contrôles¹⁷.

III. Manque de coordination des mesures étatiques

A. Les recommandations faites par l'Union européenne

Parallèlement à l'action des États membres, la Commission a œuvré en faveur de la coordination des mesures étatiques¹⁸, mettant l'accent sur le respect du principe de proportionnalité¹⁹.

Le 24 février 2020, lors de la conférence de presse sur la réponse européenne au Covid-19, alors qu'aucun État membre n'avait encore adopté de mesure de restriction de la mobilité intra-européenne, la Commission affichait clairement sa position : la réponse européenne devait impérativement être unie et les États membres devaient coordonner leurs réactions face au virus²⁰.

Le 16 mars 2020, une communication apparue dans le journal officiel de l'UE présentait aux États membres les lignes directrices concernant la gestion des frontières²¹, dans le but de garantir la disponibilité

des biens et services tout en protégeant la santé des citoyens européens²². La Présidente Ursula von der Leyen rappelait à cette occasion que l'efficacité des mesures étatiques dépendait de leur coordination au niveau européen²³.

La Commission a recommandé au Conseil européen d'agir en vue de l'adoption, par les chefs d'État et de gouvernement de l'espace Schengen, d'une restriction temporaire des déplacements non essentiels en provenance de pays tiers vers la zone UE+. Elle insistait sur le fait que des mesures prises individuellement par des États pour leurs seuls tronçons des frontières extérieures feraient perdre de leur utilité aux mesures appliquées sur le reste des frontières extérieures. De plus, l'application systématique de ces mesures aux frontières extérieures assurerait un « périmètre de sécurité » à l'intérieur de l'espace Schengen, permettant la levée des contrôles aux frontières intérieures²⁴. La Commission entendait mettre en œuvre le principe de l'espace Schengen afin de préserver le bon fonctionnement du marché unique : l'absence de contrôles aux frontières intérieures est possible grâce au renforcement des contrôles aux frontières extérieures²⁵.

B. La dynamique individualiste des États

Dans les circonstances exceptionnelles de la pandémie et malgré l'importance du maintien du bon fonctionnement du marché intérieur, la souveraineté étatique ne doit pas être intégralement niée en faveur d'une gestion exclusivement communautaire de la crise. La gestion des frontières intérieures est une compétence des États membres. Les mesures adoptées par la Commission tout au long de la crise du Covid-19 ont été des mesures de *soft-law* dépourvues de caractère contraignant²⁶. Toutefois, en vertu du droit de l'UE et ayant égard au principe de coopération loyale, les

¹⁵ CJCE, arrêt du 26.4.2022, *NW contre Landespolizeidirektion Steiermark*, C-368/20.

¹⁶ CJUE, conclusions de l'AG M.H. Saugmandsgaard du 6.10.2021, C-368/20.

¹⁷ F. HAMON/A. FADIER, Le droit de l'Union européenne à l'épreuve du paradigme sécuritaire, REVDH Actualités Droits-Libertés, (10.4.2018), <<https://doi.org/10.4000/revdh.3834>, (consulté le 31.10.2022)>, p. 448 ss, N 20.

¹⁸ S. BARBOU DES PLACES, Covid-19 : le renforcement des contrôles aux frontières Schengen, Le Club des Juristes, 12.5.2020, <<https://blog.leclubdesjuristes.com/covid-19-le-renforcement-des-contrôles-aux-frontières-schengen/>>, (consulté le 31.10.2022) ; D. PERROTTE, Il faut sauver le soldat Schengen, ECHOSFR, 14.6.2021, <<https://www.lesechos.fr/idees-debats/editos-analyses/europe-il-faut-sauver-le-soldat-schengen-1323240>>, (consulté le 31.10.2022).

¹⁹ GOLDNER LANG (n. 4), p. 3.

²⁰ CARRERA/LUK (n. 5), p. 13.

²¹ Communication de la Commission européenne du 16.3.2020

(n. 11).

²² CHATTON/COLLAUD/GONSETH (n. 3), p. 170.

²³ Communiqué de presse du 16.3.2020, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_468>.

²⁴ Communication de la Commission au Parlement européen du 16.3.2020, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0115>>, p. 1 s.

²⁵ D. PERROTTE/E. MAURICE, « Le vrai test sera la réouverture des frontières extérieures de l'Europe », 15.6.2020, <<https://www.lesechos.fr/monde/europe/eric-maurice-le-vrai-test-sera-la-reouverture-des-frontières-extérieures-de-leurope-1214743>>, (consulté le 31.10.2022).

²⁶ GOLDNER LANG (n. 4), p. 4.

États membres ont l'obligation de coordonner leurs actions²⁷.

Or, les décisions des États membres ont été prises de manière incohérente et désorganisée, en dépit des recommandations européennes. La stratégie adoptée par les États membres a été celle d'une dynamique individualiste privilégiant largement les intérêts étatiques face aux intérêts communautaires²⁸. S'inscrivant chacune dans une logique étatique indépendante, les mesures de restriction de la mobilité intra-européennes ont mené à la suspension *de facto* de l'Accord de Schengen²⁹.

Conclusion

Après près de 60 ans d'effort dans un but de décloisonnement, le réflexe des États membres de l'espace Schengen face à la menace constituée par un virus encore méconnu a été de contrôler et de fermer leurs frontières³⁰. Malgré les tentatives répétées d'harmonisation et d'organisation des mesures étatiques de la Commission, tant les fermetures complètes des frontières que les réintroductions de contrôles ont été mises en place par chaque État membre de manière unilatérale et sans coordination. Forts de leur statut de décisionnaires en matière de gestion des frontières, les États membres ont pu agir en justifiant leur action par une urgence qui a fait loi³¹. Le caractère exceptionnel de la réintroduction des contrôles aux frontières intérieures a été négligé par les États membres. De plus, en introduisant lesdits contrôles en vue de systématiquement refuser l'accès à leur territoire, les États membres ont su contourner les limites imposées par le CFS en jouant sur ses zones d'ombres et sa souplesse³². Certaines situations ont mené à des violations du droit fondamental de libre circulation des citoyens européens, pourtant considéré comme la pierre angulaire de la citoyenneté de l'UE³³. On peut voir en cette crise la création d'un précédent où chaque État décide seul, s'écartant d'une approche européenne commune

et s'affranchissant de bases légales insuffisantes³⁴. La crise du Covid-19 illustre le caractère relatif de l'acquis de Schengen et un repli national alarmant pour l'avenir de l'UE³⁵.

³⁴ PERROTTE (n. 25) ; RIJPM (n. 31), p. 546.

³⁵ HAMON/FADIER (n. 17), N 23.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ PERROTTE (n. 18).

²⁹ GOLDNER LANG (n. 4), p. 4.

³⁰ CARRERA/LUK (n. 2), p. 18 s.

³¹ J. RIJPM, COVID-19, another blow to Schengen ?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20.11.2020, <<https://doi.org/10.1177/1023263X20954568>>, (consulté le 31.10.2022), p. 546.

³² PERROTTE (n. 25).

³³ PERROTTE (n. 18).

Das Verhüllungsverbot im Lichte der Religionsfreiheit: Eine umstrittene Verhältnismässigkeitsprüfung?

Matthieu Membrez (BLaw student, Université de Fribourg)

Le nouvel art. 10a Cst. prohibe la dissimulation du visage dans l'espace public. Bien que la disposition soit rédigée en termes généraux, elle touche indirectement les porteuses de burqa et de niqab, de confession musulmane. S'étant prononcée en 2014 sur la conformité d'une telle mesure au regard de l'art. 9 CEDH, la CourEDH a conclu qu'elle constituait une atteinte proportionnée à la liberté religieuse. D'aucuns ont reproché à la Cour d'avoir délaissé son contrôle de proportionnalité au profit d'une trop grande marge de manœuvre au législateur national. La présente contribution s'emploie à calquer le raisonnement de la Cour sur l'art. 10a Cst.

Einleitung

Elf Jahre nach Frankreich hat sich die Schweiz für ein Verhüllungsverbot ausgesprochen. In seinem das französische Gesetz betreffende Leiturteil S.A.S. gg. Frankreich ist der EGMR zur Einschätzung gelangt, das Verbot sei grundsätzlich EMRK-konform. Dem Gerichtshof wurde aber eine mangelnde Verhältnismässigkeitsprüfung vorgeworfen. Ziel dieses Beitrags ist es zu ermitteln, ob eine vor dem EGMR im Hinblick auf Art. 10a BV eingereichte Beschwerde die gleichen Schlussfolgerungen nach sich ziehen würde.

I. Öffentliche Interessen

Es lassen sich die vom Initiativkomitee und Bundesrat ausgeführten Ziele bzw. öffentlichen Interessen überprüfen.¹ Bemerkenswerterweise wurde die Geschlechtergleichheit ursprünglich auch erwähnt.² Gemäss EGMR stellt dies aber kein nachvollziehbares Ziel dar,³ und ist jedenfalls vom Bundesrat in seiner jüngsten Botschaft aufgegeben worden.

¹ BBl 2022 2668, S. 8; BBl 2019 2913 ff., 2935 ff.

² BBl 2019 2913 ff., 2935 ff.

³ EGMR, Urteil S.A.S. gegen Frankreich vom 1.7.2014, Beschwerde Nr. 43835/11, Ziff. 118.

A. Wahrung der Mindestvoraussetzungen für das gesellschaftliche Zusammenleben

Es wird geltend gemacht, dass das Begegnen mit einer vollverschleierten Person ein spezifisches Unbehagen erzeugt, welches der christlich-abendländischen Anschauung der offenen Kommunikation in der Gesellschaft zuwiderlaufe.⁴

Demgemäss verteidigt dieser Zweck die Erhaltung eines Gesellschaftsmodells, welches die Gesichtsverhüllung als Form der Verweigerung des gemeinschaftlichen Austausches nicht toleriert. Insofern weise das Verhüllungsverbot eine Integrationsfunktion auf,⁵ das ein friedliches, den schweizerischen Traditionen angepasstes Zusammenleben begünstigt.⁶ Mit demselben Ziel hat sich der EGMR auseinandergesetzt: Das sog. «vivre-ensemble», welches er vom Schutz der Grundrechte und Freiheiten anderer (Art. 9 Abs. 2 EMRK) abgeleitet hat.⁷ Mit Berücksichtigung des französischen Arguments, wonach das Gesicht eine entscheidende Rolle in der Kommunikation der Mitbürger spiele, ist der Gerichtshof davon ausgegangen, die «Erhaltung der Mindestanforderungen des Zusammenlebens» («respect des exigences minimales de la vie en société») sei ein nachvollziehbares Interesse, welches eine Grundrechtseinschränkung grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.⁸ Dieser Würdigung ist heftige Kritik erwachsen, vor allem im Hinblick auf die Ableitung eines solchen Zieles von den Grundrechten und Freiheiten anderer: Es sei nämlich nicht ersichtlich, welche subjektiven Grundrechte bzw. schützenswerten Rechtsgüter des Einzelnen aus diesem «abstrakten»⁹ Konzept herangezogen werden können.¹⁰ Zumal der

⁴ BBl 2019 2913 ff., 2914; AB S 2017 179.

⁵ BBl 2019 2913 ff., 2935 f.

⁶ AB N 2020 1037.

⁷ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Ziff. 121.

⁸ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Ziff. 122.

⁹ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Sondervotum, Ziff. 5 ff.

¹⁰ A. EDENHARTER, Rechtliche Implikationen eines Verbots der Vollverschleierung – EMRK, Deutschland, Schweiz, JZ 20/2018, S. 973 ff.; B. FATEH-MOGHADAM, Dresscodes: Verhüllungsverbote im liberalen Rechtsstaat, recht/Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2017, S. 225 ff.; T.

EGMR mehrfach eruiert hat, dass die in Art. 9 Abs. 2 EMRK aufgelisteten Ausnahmen eng auszulegen sind.¹¹ Ausserdem existiert kein Anspruch darauf, vor der Begegnung anderer religiöser Zeichen bzw. Bekenntnisse in der Öffentlichkeit geschützt zu sein.¹² Vielmehr kennzeichnet sich der öffentliche Raum gerade dadurch, dass man mit dem Anblick anderer, manchmal irritierender, Überzeugungen konfrontiert wird.¹³

B. Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Diesem Zweck liegen hauptsächlich Überlegungen bzgl. der im Rahmen von Demonstrationen und Grossveranstaltungen verübten Gewalt zugrunde: Vermummte Vandalen und Hooligans werden hiervon anvisiert.¹⁴ Die Wahrung der öffentlichen Ordnung kann auch von Belang sein, wenn die Gesichts- oder Körperverhüllung aus hygienischen Gründen verboten werden sollte, wie beispielsweise in öffentlichen Schwimmbädern.¹⁵

II. Verhältnismässigkeit

A. Wahrung der Mindestvoraussetzungen für das gesellschaftliche Zusammenleben

Im Hinblick auf die Geeignetheit der Massnahme ist ein Zurückdrängen der Burka- bzw. Nikabträgerinnen aus dem öffentlichen Raum zu befürchten, was sich lediglich kontraproduktiv auf das angestrebte Ziel der Integration dieser Frauen auswirkt.¹⁶ Zudem ist darauf hinzuweisen, dass bereits auf kantonaler und Bundesebene Vorschriften bestehen, die das Ziel der

Beseitigung von Integrationshindernissen verfolgen: Dazu verweist der Bundesrat u. a. auf Regelungen des AIG, des BüG und des Sozialversicherungsrechts, wonach das Tragen einer Burka bzw. eines Nikabs für das Erlangen gewisser Leistungen als Indiz einer ungenügenden Integration berücksichtigt wird.¹⁷ Was die Tauglichkeit der Massnahme angesichts der Bekämpfung einer Form des islamischen Extremismus angeht, befasst sich ein solches Verbot gerade nicht mit fundamentalistischen Strömungen, sondern mit deren Sichtbarkeit in der Öffentlichkeit.¹⁸

In Bezug auf die Erforderlichkeit der Massnahme ist einerseits festzustellen, dass es für eine friedliche Integration weniger beeinträchtigende Mittel als das generelle Bestrafen eines religiös geprägten Verhaltens gibt, sei es auch nur mittels Sensibilisierungs- bzw. Bildungskampagnen¹⁹ oder einer Verschärfung der auf Bundesebene bereits existierenden Vorschriften. Andererseits scheint ein generelles Verbot angesichts der äusserst niedrigen Zahl der in der Schweiz anzutreffenden Burka- bzw. Nikabträgerinnen kaum erforderlich.²⁰ Schliesslich sind die meisten dieser Frauen hauptsächlich Touristinnen, welche daher nicht am hiesigen Zusammenleben teilnehmen.

Letztendlich verlangt die Voraussetzung der Zumutbarkeit, dass das gemeinschaftliche Interesse, die Mindestanforderungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens zu wahren, mit der Wirkung des dafür von den Burka- bzw. Nikabträgerinnen erlittenen Eingriffs abgewogen wird, sodass zwischen ihnen ein vernünftiges Verhältnis besteht.²¹ Daher liegt die Schwierigkeit der im Bereich der religiösen Angelegenheiten schwer zu beantwortende Frage der Zumutbarkeit gerade darin, dass gläubige Menschen oft religiöse Vorschriften als strikt verbindlich ansehen, sodass sie einen Eingriff in ihre Freiheit stets als unzumutbar betrachten.²² Als hilfreiches Indiz verweist die Rechtsprechung des EGMR auf die objektive Schwere des inneren Konflikts, in dem sich die betroffenen Personen wegen der Massnahme befinden.²³ Entweder befolgen die Burka- bzw.

TANQUEREL, L'expression religieuse sur le domaine public, in: F. Bernard/E. McGregor/D. Vallée-Grisel (Hrsg.), *Études en l'honneur de Tristan Zimmermann – Constitution et religion – Les droits de l'homme en mémoire*, Zürich 2017, S. 245 ff.

¹¹ EGMR *S.A.S./Frankreich* (Fn. 3), Ziff. 113 m.w.H.

¹² BGE 142 I 49, E. 4.2; siehe auch BBl 2022 2668, S. 10.

¹³ E. M. BELSER, Das Burka-Verbot: vom Umgang der offenen Gesellschaft mit verhüllten Körpern, in: M. Gredig et al. (Hrsg.), *Peters Dreiblatt – Föderalismus, Grundrechte, Verwaltung – Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag*, Bern 2010, S. 73 ff.; TANQUEREL (Fn. 10).

¹⁴ BBl 2019 2913 ff., 2936.

¹⁵ S. VORPE, Das Burkaverbot im Lichte der Religionsfreiheit – Ist die Tessiner Verfassungsbestimmung über das Gesichtshüllungsverbot mit Art. 15 BV vereinbar?, Jusletter, 20.6.2016.

¹⁶ VORPE (Fn. 15).

¹⁷ BBl 2019 2913 ff., 2936.

¹⁸ BELSER (Fn. 13).

¹⁹ EGMR *S.A.S./Frankreich* (Fn. 3), Sondervotum, Ziff. 24.

²⁰ BBl 2019 2913 ff., 2935.

²¹ VORPE (Fn. 15).

²² R. PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015, N 106.

²³ EGMR *S.A.S./Frankreich* (Fn. 3), Ziff. 146; BGE 142 I 49, E. 7.2.

Nikabträgerinnen das Verbot und verzichten darauf, sich entsprechend ihrer religiösen Haltung zu kleiden, oder sie missachten es und werden strafrechtlich verfolgt.²⁴

B. Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

Hinsichtlich der Geeignetheit der Massnahme ist fragwürdig, inwieweit ein Verbot der Gesichtsverhüllung tatsächlich Auswirkungen auf die Anzahl der vermummt begangenen Straftaten und deren Strafverfolgung haben mag.²⁵ Ein vermummter Verbrecher lässt sich i.d.R. nicht durch ein Verhüllungsverbot vom Begehen eines Delikts abhalten.²⁶ Dies umso weniger, als die meisten Kantone schon punktuelle Vermummungsverbote bei Demonstrationen eingeführt haben²⁷ und bereits auf Bundesebene eine von Art. 286 StGB abgeleitete Pflicht zur Identifizierung vor Beamten und Behörden besteht.²⁸ Eine Verbesserung der kantonalen, «häufig nicht konsequent durchgesetzten» Vermummungsverbote²⁹ wäre geeigneter. Entsprechend der Voraussetzung der Erforderlichkeit erweist sich ein generell geltendes Verbot kaum als das mildeste Mittel.³⁰ Während punktuelle Verschleierungsverbote bei Demonstrationen im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs³¹ oder etwa in öffentlichen Schwimmbädern aus hygienischen Gründen³² durch die öffentliche Ordnung gerechtfertigt sein können, kann dies bei einem generellen Verbot nicht gesagt werden. Des Weiteren ist gemäss EGMR die Verhältnismässigkeit eines solchen markanten Eingriffs lediglich im Kontext einer nachgewiesenen allgemeinen Bedrohung der öffentlichen Sicherheit zu bejahen,³³ was sich gegenwärtig nirgendwo in der Schweiz zeigt. Schliesslich geht, ausser von vermummten Delinquenten, keine allfällige Gefahr von Burka- bzw. Nikabträgerinnen aus, denn es besteht kein Anlass zu denken, dass verhüllte Musliminnen zum Begehen von Delikten geneigt wären oder dass sie sich der

Strafverfolgung entziehen wollen.³⁴

III. Fazit

Wie der EGMR in seinem Urteil betont, vermag die öffentliche Sicherheit kein Verhüllungsverbot zu rechtfertigen.³⁵

Die Schwierigkeit der Bewertung liegt aber darin, dass der EGMR das Interesse des sog. «vivre-ensemble» als nachvollziehbar und verhältnismässig erachtet hat: Unter Berufung auf den grundlegend gesellschaftspolitischen Charakter der Frage, auf den Hintergrund der republikanisch-laizistischen Tradition Frankreichs und auf den fehlenden Konsens zwischen den Mitgliedstaaten in diesem Bereich billigte der Gerichtshof dem französischen Gesetzgeber einen erheblichen Ermessensspielraum zu.³⁶ Diese zurückhaltende Kontrolldichte ist kritisiert worden. Angesichts der häufig unterschiedlichen Auffassungen der Mitgliedstaaten im Bereich des Staatskirchenrechts verleiht der EGMR ihnen traditionell einen breiten Ermessensspielraum, welcher immerhin seiner Prüfung unterworfen ist: Je eindeutiger der Konsens zwischen den Mitgliedstaaten, desto enger der ihnen vom Gerichtshof gewährte Beurteilungsspielraum.³⁷ Zum einen wird darauf hingewiesen, dass Frankreich und Belgien damals die einzigen europäischen Länder waren, die ein Verschleierungsverbot eingeführt hatten, was gerade für einen Konsens der Mitgliedstaaten gegen das Verbot sprechen würde;³⁸ zum anderen sei der Verweis auf die heikle politische Natur der Frage nicht gerechtfertigt, da die Gesetze allgemein formuliert sind und daher nicht lediglich auf das religiös motivierte Gesichtsverhüllen abzielen.³⁹ Im Grunde genommen belegt das Ausmass des verliehenen Beurteilungsspielraums eine mangelhafte Verhältnismässigkeitsprüfung, auf welcher die Entscheidung letztendlich beruht.⁴⁰ Dies

²⁴ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Ziff. 57.

²⁵ VORPE (Fn. 15).

²⁶ BBl 2022 2668, S. 10.

²⁷ BBl 2019 2913 ff., 2937.

²⁸ BBl 2019 2913 ff., 2946.

²⁹ BBl 2022 2668, S. 10 f.

³⁰ VORPE (Fn. 15).

³¹ BGE 117 Ia 472, E. 4c.

³² BELSER (Fn. 13).

³³ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Ziff. 139.

³⁴ BELSER (Fn. 13).

³⁵ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Ziff. 139.

³⁶ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Ziff. 153 ff.

³⁷ S. BERRY, Avoiding Scrutiny? The Margin of Appreciation and Religious Freedom, in: J. Temperman/T. J. Gunn/M. Evans (Hrsg.), The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion and Belief – The 25 Years since Kokkinakis, Leiden 2019, S. 103 ff.

³⁸ BERRY (Fn. 37).

³⁹ EGMR S.A.S./Frankreich (Fn. 3), Sondervotum, Ziff. 18.

⁴⁰ S. HESELHAUS, Die Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK als Rahmen für aktuelle Rechtsfragen in der Schweiz, in: J. Hänni/S. Heselhaus/A. Loretan (Hrsg.), Religionsfreiheit im sä-

stellt nun die Rechtsprechung des EGMR zur Frage des Burkaverbots dar, an die das BGer gebunden ist. Somit wäre eine erfolgreiche Beschwerde wegen einer Verletzung der EMRK durch Art. 10a BV von vorneherein nicht denkbar.⁴¹

Es wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass der EGMR sich dadurch keineswegs zugunsten der schlichten Konventionskonformität eines generellen Verhüllungsverbots geäußert hat.⁴² Das Rekurren auf einen weiten Ermessensspielraum muss vielmehr gerade so verstanden werden, dass es sich bei dieser Frage um eine Einzelfallprüfung handeln soll, in der das Schlusswort den jeweiligen nationalen Gesetzgebern aufgrund der unterschiedlichen Verfassungstraditionen im Gebiet des Staatskirchenrechts zu überlassen ist.⁴³ U.U. mag daher eine erneute Prüfung des EGMR mit Rücksicht auf die schweizerische Auffassung des Staatsneutralitätsgebots zu einem anderen Schluss kommen.⁴⁴ Anders als in Frankreich gilt nämlich in der Schweiz nicht der volle Laizismus, sondern ein je nach Kanton relatives Neutralitätsgebot (Art. 72 Abs. 1 BV).⁴⁵ Aus diesem Grund ist eine Konventionskonformität des Art. 10a BV keine Selbstverständlichkeit.⁴⁶

Vor kurzem hat der Bundesrat aufgrund der Kritik aus der Vernehmlassung reagiert, indem die Maximalbusse nun statt bis zu CHF 10'000 höchstens CHF 1'000 betragen kann.⁴⁷ Diese Anpassung des Strafrahmens stützt sich auf die Überlegung des EGMR, wonach eine Busse von 150 Euro zumutbar sei.⁴⁸ Deswegen soll eine Verletzung des neuen Bundesgesetzes über das Verbot der Verhüllung des Gesichts (BVVG) durch eine Ordnungsbusse bestraft werden, die CHF 200 betragen soll.⁴⁹ Aus diesem Grund wird die

Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Beschwerde an den EGMR geringer.

Schlussfolgerung

Trotz der willkommenen Anpassungen des Bundesrates in Bezug auf den Strafrahm ist die gerichtliche und politische Verankerung des nebulösen Ziels des «vivre-ensemble» zu bedauern. Während es gerichtlich nachvollziehbar ist, religionsbezogene Fragen aufgrund ihrer ausgedehnten gesellschaftspolitischen Tragweite mit etwaiger Zurückhaltung zu betrachten, sind diese trotzdem aus einem rein juristischen Blickwinkel zu überprüfen. Meines Erachtens nach erweisen sich gerade rein juristisch die geltend gemachten rechtfertigenden Interessen des Art. 10a BV als fragwürdig. Die stetige Anerkennung von Zielen wie die Wahrung des Zusammenlebens könnte eine Neigung der Gerichte zeigen, sich der derzeitigen gesellschaftlichen Ängste der Bevölkerung angesichts islamischer Bräuche anzupassen, statt einen Fall objektiv juristisch einzuschätzen. Es ist deshalb zu befürchten, dass Gerichte nun unter dem Vorwand ihrer in Bezug auf Religionsfragen obliegenden Zurückhaltung eine beliebige politische Prüfung statt einer schlicht objektiv juristischen Beurteilung durchführen.

kularen Staat – Aktuelle Auslegungsfragen in der Schweiz, in Deutschland und weltweit, Zürich/St.Gallen/Baden-Baden 2019, S. 19 ff.

⁴¹ TANQUEREL (Fn. 10).

⁴² S. SEBASTIAN, «Vivreensemble» und das Recht, ein Aussenseiter zu sein – Zur möglichen Integrationspolitischen Bedeutung der Entscheidung des EGMR zum Verbot der Vollverschleierung, ZAR 2017, S. 153 ff.; FATEH-MOGHADAM (Fn. 10).

⁴³ SEBASTIAN (Fn. 42).

⁴⁴ EDENHARTER (Fn. 10); FATEH-MOGHADAM (Fn. 10); TANQUEREL (Fn. 10).

⁴⁵ EDENHARTER (Fn. 10).

⁴⁶ FATEH-MOGHADAM (Fn. 10).

⁴⁷ BBl 2022 2668, S. 42.

⁴⁸ EGMR *S.A.S./Frankreich* (Fn. 3), Ziff. 152.

⁴⁹ BBl 2022 2668, S. 43.

Are you ready to
start your career?

We are ready
for you!



LENZ & STAEBELIN

The world's Swiss law firm

www.lenzstaehelin.com

Les actions sous la forme de droits-valeurs inscrits : éléments théoriques et enjeux pratiques choisis

Alexandra Vraca (MLaw, doctorante auprès du Prof. Walter A. Stoffel, Université de Fribourg)

Introduction

L'entrée en vigueur de la Loi TRD¹ a entraîné la création des droits-valeurs inscrits (art. 973d ss CO)². Leur régime juridique offre notamment aux SA privées³ suisses la possibilité de constituer⁴ des actions nominatives⁵ sous la forme de droits-valeurs inscrits (art. 622 al. 1 et 684 cum art. 973d ss CO). Il est alors question d'actions tokenisées. La présente contribution a pour but de présenter (brièvement) certains éléments théoriques relatifs aux actions tokenisées (*infra* I.), ainsi que deux enjeux pratiques majeurs liés à l'utilisation de la technologie des registres distribués⁶ (ci-après « TRD ») (*infra* II.).

I. Éléments théoriques

Les droits-valeurs inscrits sont des jetons digitaux (*tokens*) particuliers auxquels des droits de nature obligationnelle⁷ sont contractuellement et

techniquement associés, de sorte que les seconds ne puissent être transférés indépendamment des premiers. Cette association est communément dénommée « tokenisation ». Le concept de droit-valeur inscrit, et donc d'action tokenisée, repose ainsi sur deux fondements principaux : le premier de nature contractuelle (*infra* I./A.), et le second de nature technique (*infra* I./B.).

A. Fondements contractuels

Par le biais d'une convention d'inscription⁸, la société et le premier preneur (futur actionnaire) conviennent que des actions existantes ou à émettre (art. 650 ss CO) sont associées à des jetons de manière qu'il soit possible de les faire valoir et de les transférer uniquement *via* un registre distribué (art. 973d al. 1 ch. 2 CO). Chaque acquéreur successif est ensuite lié par cette convention d'inscription⁹. Celle-ci délimite le contenu du droit-valeur inscrit, les conditions de son transfert respectivement de sa mise en gage, le mode de fonctionnement du registre choisi ainsi que les mesures visant à assurer son fonctionnement et à préserver son intégrité (art. 973d al. 1 et 2 ch. 3 CO). Les parties initiales conviennent donc de la forme d'un droit (ici le droit-valeur inscrit)¹⁰, de son contenu (ici l'action nominative), de son inscription dans un registre distribué (p. ex. une blockchain publique comme Ethereum ou Tezos) et des modalités de

¹ RO 2021 33.

² Ces dispositions ne mentionnent pas expressément la technologie blockchain. Mais les travaux préparatoires ne laissent pas de doute sur l'intention du législateur. Rapport du CF du 14 décembre 2018 sur les bases juridiques pour la DLT et la blockchain en Suisse, p. 47 ss (ci-après « Rapport TRD ») ; H. KUHN, Taxonomie, in : R. H. Weber/H. Kuhn (édit.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Bâle 2021, N 6.

³ Aussi aux sociétés en commandite par actions (art. 764 ss CO). D'un point de vue théorique, rien n'empêcherait selon nous une SA cotée suisse d'avoir une catégorie d'actions cotées ainsi qu'une catégorie d'actions tokenisées.

⁴ Le terme « constitution » et le verbe « constituer » sont utilisés relativement aux droits-valeurs inscrits (cf. note marginale de l'art. 973d CO). Ce choix s'aligne avec celui du législateur et permet selon nous de distinguer les différents *corpus* de règles applicables aux formes d'actions existantes.

⁵ Depuis le 1^{er} mai 2021, l'existence d'actions au porteur doit être relativisée (RO 2019 3161).

⁶ La TRD se réfère à une catégorie de systèmes incluant la technologie blockchain, sous-jacente à certaines crypto-monnaies telles que Bitcoin et Ethereum. Pour plus de détails, cf. not. Rapport TRD (n. 2), p. 18 ss et *infra* I./B.

⁷ Message du CF du 27 novembre 2019 relatif à la LF sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF 2020 223, p. 266 (ci-après « Message TRD ») ; T. HOUDROUGE/J. TENOT, Le droit suisse à l'heure de la technologie des registres électroniques

distribués, Not@lex 2/2020, p. 60 ; H. C. VON DER CRONE/F. BAUMGARTNER, Digitalisierung des Aktienrechts – Die Ausgabe von Aktien als Registerwertrechte, RSDA 4/2020, p. 354.

⁸ Message TRD (n. 7), p. 266 s. ; HOUDROUGE/TENOT (n. 7), p. 54 ; J. IFFLAND, La tokenisation des valeurs mobilières – La nouvelle frontière du marché des capitaux, in : Aktuelle Themen zur Notariatspraxis 2020, 5^e Congrès des Notaires de Suisse, Berne 2020, p. 196 ; The Capital Markets and Technology Association, Standard pour la tokenisation de titres de participation de sociétés suisses par la technologie des registres distribués, décembre 2021, § 3.4.1 (ci-après « CMTA(2021) »).

⁹ CMTA(2021) (n. 8), § 3.4.1 ; IFFLAND (n. 8), p. 196.

¹⁰ H. C. VON DER CRONE/M. MONSCH/L. MEISSER, Aktien-Token, GesKR 1/2019, p. 1 ; J. IFFLAND, L'émission d'actions digitalisées comme moyen de financement de l'innovation et des PME, RSDA 5/2019, p. 502 ; CMTA(2021) (n. 8), § 2.1.1.

son transfert (uniquement *via* le registre distribué choisi). La personne à laquelle le registre attribue un droit-valeur inscrit en est considérée propriétaire (art. 973e al. 1 CO)¹¹. En l'absence de restrictions à la transmissibilité des actions¹², le transfert d'un droit-valeur inscrit entraîne donc celui de la propriété de l'action tokenisée et des droits sociaux et patrimoniaux qui en découlent, lesquels passent à l'acquéreur du fait de leur transfert (cmpr. art. 685c al. 1 CO)¹³.

La constitution d'actions sous la forme de droits-valeurs inscrits nécessite certaines dispositions dans les statuts de la société¹⁴. En vertu de l'art. 622 al. 1, 3^e phr. CO, ceux-ci doivent indiquer que les actions sont constituées sous cette forme. S'agissant du contenu des statuts exigé par la loi, l'art. 626 al. 1 ch. 4 nCO¹⁵ pourrait à notre avis requérir que les statuts stipulent la forme que les actions revêtent, au-delà de leur espèce (art. 683 s. CO). Il est vrai que le CO ne requiert pas l'émission d'actions¹⁶, ce qui signifie qu'elles ne doivent pas impérativement être incorporées dans des titres ni se présenter sous une certaine forme¹⁷. En pratique toutefois, les SA renoncent fréquemment à l'émission de papiers-valeurs classiques au profit de la création de droits-valeurs, lesquels requièrent une indication du choix de cette forme dans les statuts (art. 622 al. 1 CO). Le droit légal des actionnaires d'exiger la remise de leurs actions sous la forme de papiers-valeurs doit également être exclu statutairement, au risque sinon de représenter un obstacle à la constitution de droits-valeurs inscrits¹⁸. Une fois les actions associées à des

jetons, dissocier les premières des seconds implique en effet certaines manipulations techniques. La société doit pouvoir les entreprendre uniquement lorsqu'elle les considère appropriées, et non à chaque demande spécifique d'un actionnaire.

La constitution et le transfert d'actions tokenisées relèvent ainsi en partie du principe de la liberté contractuelle. La constitution d'actions tokenisées reste néanmoins soumise aux dispositions impératives du droit des sociétés qui régissent l'émission d'actions (p. ex. art. 647 et 650 al. 2 nCO)¹⁹. La tokenisation est donc un procédé dit « dual »²⁰, lequel maintient une partie du processus classique de l'émission d'actions.

B. Fondements techniques

Les *tokens* sont une représentation digitale de droits qui se matérialisent par une inscription dans un registre distribué, notamment une blockchain²¹. Un registre distribué est un registre de données géré de façon décentralisée sans le concours d'une autorité centrale. Il évolue par l'addition incrémentale de nouvelles informations (blocs) préalablement validées par l'entière du réseau et destinées à ne jamais être modifiées ou supprimées. Les jetons n'ont à eux seuls aucun effet juridique²². Ils se caractérisent par la possibilité de leur associer des valeurs existant en-dehors du registre distribué (*off-chain*) (p. ex. une action nominative) ou sur celui-ci (*on-chain*) (p. ex. une crypto-monnaie). Leur transfert peut générer celui d'une ou plusieurs valeurs qui leur sont associées (*supra* I./A.)²³. Le jeton doit du reste comporter

¹¹ Message TRD (n. 7), p. 275 ; Rapport TRD (n. 2), p. 59 ; VON DER CRONE/BAUMGARTNER (n. 7), p. 357.

¹² CMTA(2021) (n. 8), § 3.1.3.

¹³ L'exercice de ces droits peut toutefois être limité. Message TRD (n. 7), p. 275 ; CMTA(2021) (n. 8), § 3.4.1.

¹⁴ T. GABERTHÜEL/X. GRIVEL, Tokenisierung von Aktien unter dem neuen DLT-Gesetz (insb. Art. 973d ff. OR) und CMTA Standard, RSDA 3/2022, p. 257 s. ; CMTA(2021) (n. 8), § 3.1.1.

¹⁵ Modification du 19 juin 2020 du CO (nCO ; FF 2020 5409) ; entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2023.

¹⁶ P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 4 N 125 ; A. MEIER-HAYOZ/ P. FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, Berne 2015, § 16 N 280 s. ; H. C. VON DER CRONE, Aktienrecht, 2^e éd., Berne 2020, N 276.

¹⁷ La formulation conditionnelle de l'art. 622 al. 5 i.i. CO confirme l'absence d'obligation d'émettre des titres physiques (« lorsque des titres sont émis... »).

¹⁸ ATF 147 III 469, c. 4.5, JdT 2022 II pp. 195-199 (rés.) ; I. CHABLOZ/A. VRACA, Le droit des sociétés 2021/2022 / Das Gesellschaftsrecht 2021/2022, RSDA 3/2022, p. 268 ss ; CMTA(2021)

(n. 8), § 3.1.2.

¹⁹ F. POSKRIAKOV, Conservation et négoce de cryptoactifs – aspects choisis des marchés financiers, CEDIDAC 73, Lausanne 2021, p. 93.

²⁰ IFFLAND (n. 8), p. 190.

²¹ A. VRACA, L'identification des actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées, in : F. Guillaume (édit.), La technologie, l'humain et le droit, CUSO – Programme doctoral romand de droit, Séminaire annuel 2022, 29 et 30 juin 2022 (à paraître) ; FINMA, Guide pratique pour les questions d'assujettissement concernant les ICOs du 16 février 2018, p. 1 ; Rapport TRD (n. 2), p. 49 s. ; M. EGGEN, Was ist ein Token ?, PJA 5/2018, p. 559, 567 ; U. DUPASQUIER, Le financement d'une jeune société, thèse Neuchâtel, Bâle 2019, N 1561 s.

²² DUPASQUIER (n. 21), N 1561 ; EGGEN (n. 21), p. 559, 567.

²³ DUPASQUIER (n. 21), N 1562 ; J. VAN DER LAAN, Understanding Blockchain, in : M. Artzt/T. Richter (édit.), Handbook of Blockchain Law – A Guide to Understanding and Resolving the Legal Challenges of Blockchain Technology, Croydon

des propriétés similaires à l'action à laquelle il est voué à être associé. Ceci est possible par le biais de fonctionnalités-miroir inscrites dans le code du *smart contract* qui régit l'action tokenisée²⁴.

Le transfert de jetons (de cryptoactifs²⁵) requiert au surplus un portefeuille cryptographique (*wallet*). Celui-ci peut notamment être créé *via* des logiciels gratuits *open source* disponibles sur Internet²⁶. Il se caractérise par l'emploi d'une paire de clés : une clé publique permettant de déterminer l'adresse du portefeuille (cmpr. IBAN) ; et une clé privée permettant le transfert respectivement la preuve de propriété du jeton (cmpr. mot de passe et signature)²⁷. La création d'un tel portefeuille est pseudo-anonyme. Par défaut²⁸, les adresses (clés) publiques sont des identifiants à caractère aléatoire non liés à une identité officielle²⁹. La totalité des transferts est visible sur une blockchain publique telle qu'Ethereum³⁰, mais le lien entre une adresse et l'identité de son utilisateur ne peut techniquement pas être établi³¹. Ce pseudonymat peut notamment conduire à des difficultés à identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées (art. 686 et 697/CO)³².

2020, p. 48.

²⁴ The Capital Markets and Technology Association, Functional specifications for the Swiss law compliant tokenization of securities, janvier 2022.

²⁵ Message TRD (n. 7), p. 281 ; KUHN (n. 2), p. 35 ss. ; L. THÉVENOZ/J. BACHARACH/C. HIRSCH, Les cryptomonnaies et le paiement en droit suisse, in : P. Pichonnaz/F. Werro (édit.), La place du consommateur au quotidien, La pratique contractuelle 7 – Symposium en droit des contrats, Genève/Zurich 2022, p. 79.

²⁶ P. ex. *via* <<https://metamask.io/>>. Tous les liens ont été consultés pour la dernière fois le 21 novembre 2022.

²⁷ Cryptographie asymétrique. Rapport TRD (n. 2), p. 18 ss ; CMTA(2021) (n. 8), Annexe 3, p. 26 ; M. STEVENS/A. K. LENS-TRA/B. DE WEGER, Chosen-prefix collisions for MD5 and applications, International Journal of Applied Cryptography, Vol. 2, No. 4, 2022, pp. 322-359 ; VAN DER LAAN (n. 23), pp. 1-75.

²⁸ Certaines fonctionnalités peuvent être prévues. CMTA(2021) (n. 8), § 3.1.3 ; VRACA (n. 21), *passim*.

²⁹ CMTA's Share Tokenization Q&A – What is a digital token ?, in : <<https://cmta.ch/standards>>.

³⁰ Not. *via* <<https://etherscan.io/>>.

³¹ J. A. COX, Introduction to Blockchain Technology, in : J. A. Cox/M. W. Rasmussen (édit.), Blockchain for Business Lawyers, American Bar Association, Chicago 2018, p. 10 ; Rapport du GCBF sur le risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par les crypto-assets et le crowdfunding (NRA), octobre 2018, p. 21 (ci-après « Rapport GCBF »).

³² VRACA (n. 21), *passim* ; Rapport TRD (n. 2), p. 145 ; Rapport GCBF (n. 31), p. 4 s., 34 ss.

II. Enjeux pratiques choisis

Recourir à la TRD soulève des enjeux pratiques majeurs. La présente contribution propose une réflexion sur la question (houleuse) de la consommation énergétique des blockchains publiques (*infra* II./A.) ainsi que sur celle de la « ré-intermédiation » (*infra* II./B.).

A. Consommation énergétique

La création de la blockchain Bitcoin en 2008 par l'énigmatique Satoshi Nakamoto a permis d'envisager un système de paiements rapide et sans frontières dénué d'intermédiaires reposant sur une preuve cryptographique plutôt que sur la confiance (*supra* I./B.). Pour vérifier les transactions, ses participants doivent résoudre des équations mathématiques de plus en plus complexes au fur et à mesure qu'un important nombre de personnes s'affronte pour les résoudre (les mineurs³³). C'est ce que l'on appelle le mécanisme de consensus de la preuve de travail (*proof-of-work*)³⁴. Le mineur qui résout le problème le plus rapidement certifie la transaction et reçoit une récompense. De nombreuses personnes utilisent ainsi de l'électricité de façon « concurrentielle » et simultanée pour obtenir des récompenses et résoudre la même équation. Ce procédé requiert une puissance computationnelle et un espace de stockage conséquents ainsi que la consommation d'alimentation électrique à bas prix. Une seule personne est toutefois récompensée ce qui rend un tel mécanisme énergivore et peu durable³⁵. A titre illustratif, le *Bitcoin Electricity Consumption Index* de l'Université de Cambridge estime que le réseau Bitcoin consomme de l'électricité à un taux annualisé de 106,50 TWh³⁶. Une des solutions envisagées par la pratique est de se tourner vers d'autres mécanismes de consensus³⁷. Les applications de la

³³ What is Bitcoin mining?, in : <<https://www.bitcoin.com/get-started/a-quick-introduction-to-bitcoin/#10/>>.

³⁴ Rapport TRD (n. 2), p. 21 ; Bitcoin Suisse, What is Proof of Work?, 8 mars 2021, in : <<https://www.bitcoin-suisse.com/news/what-is-proof-of-work>>.

³⁵ OCDE, The Tokenization of Assets and Potential Implications for Financial Markets, Blockchain Policy Series 2020, p. 19 (ci-après « OCDE(2020) ») et références citées.

³⁶ Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index, in : <<https://ccaf.io/cbeci/index>>.

³⁷ J. SCHMIDT/F. POWELL, Why Does Bitcoin Use So Much Energy ?, 18 mai 2022, in : <<https://www.forbes.com/advisor/investing/cryptocurrency/bitcoins-energy-usage-explained/>>.

technologie blockchain s'orientent aujourd'hui vers des mécanismes de consensus dits de preuve d'enjeu (*proof-of-stake*) ou de « moins de travail » (*proof-of-less-work*), considérés comme plus écologiques^{38/39}.

B. « Ré-intermédiation » : un pas en arrière ?

L'utilisation de la TRD est loin d'éliminer la nécessité de recourir aux services de tiers de confiance classiques⁴⁰. En effet, « tokeniser » ne signifie pas (toujours) qu'un émetteur peut se passer des services de tiers de confiance. Ce procédé implique notamment l'aide d'experts en cryptographie, de fournisseurs de portefeuilles cryptographiques (*custodial wallet providers*) (*supra* I./B.) ou encore d'avocats spécialisés. En vertu de l'art. 6 al. 1 let. d LTI, des titres intermédiés peuvent en outre être créés lorsqu'un dépositaire se voit transférer des droits-valeurs inscrits (p. ex. des actions tokenisées) et qu'il inscrit les droits correspondant au crédit d'un ou plusieurs comptes de titres⁴¹. D'un point de vue juridique, le législateur souhaitait sans doute formaliser les règles sur le transfert et garantir une certaine standardisation, indispensable sur les marchés financiers. D'un point de vue conceptuel, le « retour » au système intermédié demeure néanmoins un choix quelque peu paradoxal. Par défaut, le recours à la TRD devrait impliquer une désintermédiation (quasi-) totale permettant d'effectuer des transactions plus rapides (24h/24, 7j/7) et moins onéreuses⁴². A cela devrait s'ajouter le potentiel d'un accès facilité aux capitaux par le biais d'un contact direct entre

l'investisseur et la société⁴³. La ré-intermédiation semble cependant faire disparaître ces avantages⁴⁴.

Conclusion

Le régime juridique des droits-valeurs inscrits a fait de la Suisse une pionnière dans les domaines de la TRD et de la technologie blockchain. En particulier, la loi est en place pour permettre la tokenisation d'actions (nominatives) (*supra* I.). Celle-ci repose sur deux fondements principaux : le premier de nature contractuelle (*supra* I./A.), et le second de nature technique (*supra* I./B.). En dépit de son potentiel économique, le recours à la TRD soulève des enjeux pratiques majeurs (*supra* II.). Parmi eux, un bémol réside dans la consommation énergétique de cette technologie, que la pratique commence fort heureusement à résoudre (*supra* II./A.). Nous observons également un retour en arrière par le biais de la « ré-intermédiation », dont on peut craindre qu'elle fasse disparaître les avantages caractéristiques de la TRD (*supra* II./B.). Les développements futurs relatifs à ces questions méritent indubitablement notre plus grande attention.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Pour plus de détails, cf. VRACA (n. 21), *passim*.

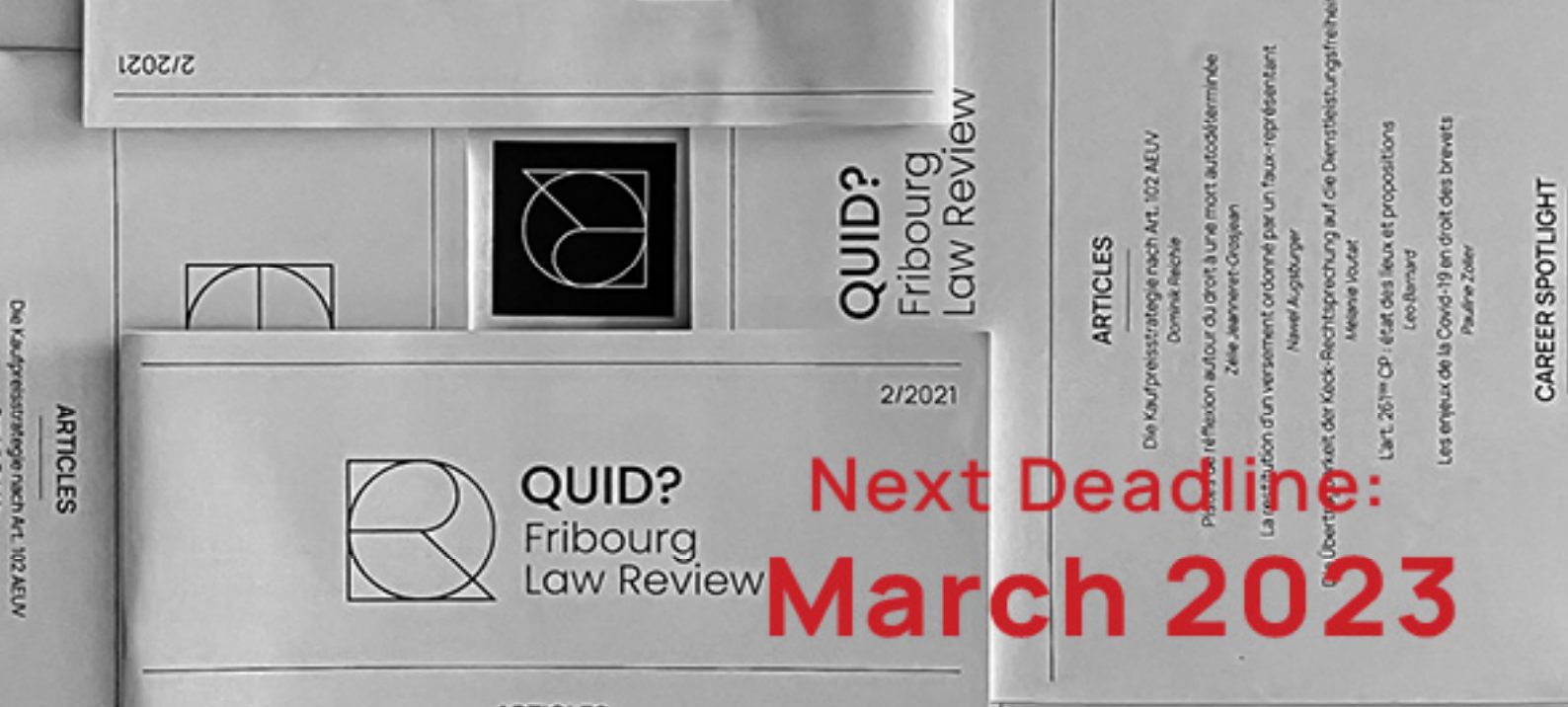
³⁸ Dans le cas de la *proof-of-stake*, la sécurité ne provient pas de la combustion d'énergie mais de la mise en place d'une valeur économique à perte. Pour plus de détails, cf. OCDE(2020) (n. 35), p. 19 ; V. BUTERIN, <A Proof of Stake Design Philosophy>, 2016 ; M. BLINDER, Making cryptocurrency more environmentally sustainable, in : Blockchain – the insights you need from Harvard Business Review, Boston 2019, p. 153 ss.

³⁹ La *proof-of-less-work* combine du travail physique à des *coins economics* pour ajuster de façon dynamique le travail requis pour miner de nouveaux blocs. Pour plus de détails, cf. C. WANG, Proof of Less Work, in : <<https://github.com/alephium/white-paper/blob/master/polw.pdf>>.

⁴⁰ OCDE(2020) (n. 35), p. 34 ss ; POSKRIAKOV (n. 19), p. 92 s.

⁴¹ A. N. BANDI-LANG/Y. MAUCHLE/P. SPOERLÉ, Bucheffekten auf der Blockchain, GesKR 2/2021, p. 245.

⁴² Satoshi Nakamoto, Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008, in : <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> ; IFFLAND (n. 10), p. 504 ; POSKRIAKOV (n. 19), p. 92 ; VON DER CRONE/MONSCHE/MEISSER (n. 10), p. 1 s.



Publish. Stand Out.

Publish your legal article in **Quid? Fribourg Law Review** and become part of Switzerland's first student law review

YOU

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

WE

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

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

Interview mit Nicole Zeller

Leiterin Sektion Recht Fachsekretariat Eidgenössische Elektrizitätskommission
ElCom

Nicole Zeller

1997-2002	Rechtsstudium Universität Zürich; verschiedene Praktika u.a bei Homburger und am Bezirksgericht Brugg
2003	Anwaltspraktikum bei Binder Rechtsanwälte,
2005-2006	Rechtsanwältin bei Umbricht Rechtsanwälte
2006-2008	Mitarbeiterin Rechtsdienst Bundesamt für Energie BFE
Seit 2008	Leiterin Sektion Recht Fachsekretariat Eidg. Elektrizitätskommission ElCom



QFLR: Könnten Sie uns zu Beginn kurz Ihren Werdegang beschreiben?

Ich habe in Zürich Recht studiert und habe mein Anwaltspatent im Kanton Aargau gemacht. Danach habe ich in der Advokatur gearbeitet und bin schliesslich 2006 zur Bundesverwaltung gekommen. Zu Beginn war ich beim Bundesamt für Energie im Rechtsdienst, 2008 kam ich zur ElCom und habe hier den Rechtsdienst aufgebaut.

QFLR: Sie haben also zuerst das Anwaltspatent gemacht und während einem Jahr in einer Kanzlei gearbeitet, bevor sie zum Bund gewechselt sind. War Ihnen schon immer klar, dass Sie dem Anwaltsberuf längerfristig den Rücken kehren würden?

Nein, ich hätte nicht gedacht, dass ich so lange in der Bundesverwaltung arbeiten würde. Ich habe mich schon seit dem Studium für das öffentliche Recht und speziell das Energierecht interessiert, habe auch meine Praktika in auf öffentliches Recht spezialisierten Kanzleien gemacht und nach der

Anwaltsprüfung bei Umbricht in Zürich gearbeitet. Ich habe dann aber gemerkt, dass es für eine junge Anwältin in Zürich bei der Klientenakquise grundsätzlich zwei Möglichkeiten gibt. Entweder, man hat ein entsprechendes Netzwerk, oder man hat seinen Spezialbereich mit gutem Know-How. Dann habe ich die Stelle beim Bundesamt für Energie gesehen und gewechselt. Teils natürlich mit dem Ziel, mir dieses Know-How aufbauen zu können, aber eben auch, weil mich der Bereich schon immer interessiert hat. Ich habe aber der Advokatur nicht per se den Rücken gekehrt und schliesse eine Rückkehr irgendwann nicht aus.

Was ich generell sehr wichtig finde, ist, dass man immer Aufwand und Ertrag im Kopf hat, sei es in der Verwaltung, aber auch in der Privatwirtschaft.

QFLR: Wo sehen Sie die grössten Vorteile, dass Sie nach dem Studium nicht direkt zum Bund gegangen sind, sondern zuerst in der Anwaltspraxis gearbeitet haben?

Ganz allgemein ist der Vorteil eines Hintergrundes in der Advokatur, dass man fachlich breiter aufgestellt ist. Zudem lernt man in der Anwaltspraxis, wie es ist, Stunden aufzuschreiben, die man verrechnen kann. Gerade in der Advokatur haben die geleisteten Stunden einen monetären Wert und man kann den Klienten nicht beliebig viel Geld in Rechnung stellen. Ziele müssen also möglichst effizient erreicht werden. Das ist sicher ein Punkt, den man in einer Kanzlei oder auch sonst bei Consulting-Unternehmen umsetzen muss. Letztlich ist aber das zielgerichtete und effiziente Arbeiten wohl eher eine Frage des Arbeitsstils, den man unabhängig davon haben kann, ob man in der Privatwirtschaft gearbeitet hat oder nicht. Was ich generell sehr wichtig finde, ist, dass man immer Aufwand und Ertrag im Kopf hat, in der Verwaltung, aber auch in der Privatwirtschaft.

Es ist also nicht nur die stille Arbeit im Kämmerlein mit einem Stapel Bücher, es gibt täglich Gelegenheit zum Austausch.

QFLR: Selon vous, quelles sont les compétences plus importantes pour un·une juriste dans l'administration ?

Je trouve que pour un·e juriste qui veut travailler dans l'administration, et il en va de même pour un·e avocat·e, c'est très important de bien connaître la procédure, les méthodes du droit général et celles du droit administratif. Il y a beaucoup de domaines dans le droit public qui sont très spécifiques, mais si on connaît le droit général, on connaît déjà la méthode de travail. Je pense que c'est similaire dans presque tous les domaines de l'administration. Les juristes sont les personnes qui connaissent les outils de travail, mais ils ont besoin de l'expertise spécifique des économistes, des techniciens etc. Nous, juristes, ne savons pas comment analyser une comptabilité ; à l'inverse l'économiste ne sait pas comment mener une procédure. Il faut travailler ensemble. Et puis,

comme on travaille dans la législature, je pense que c'est important que l'on s'intéresse à la politique.

Les juristes [...] connaissent les outils de travail, mais ont besoin de l'expertise spécifique des économistes, des techniciens etc. [...] Il faut travailler ensemble.

Je pense que c'est important que l'on s'intéresse à la politique.

QFLR: Wie kann man sich einen typischen Arbeitsalltag einer Juristin bzw. eines Juristen bei der ElCom, vielleicht aber auch allgemein bei der Bundesverwaltung, vorstellen?

Bei der ElCom kommt man ins Büro oder je nach dem Homeoffice, geht die Emails durch und nimmt Telefonate entgegen. Im Moment gibt es jeden Tag Anfragen, beispielsweise von Bäckereien oder Modegeschäften, die zurück in die Grundversorgung wollen. Diese zu beantworten kann gut einmal zwei Stunden in Anspruch nehmen. Gleichzeitig hat man verschiedene Verfahren, in denen man beispielsweise den Schriftenwechsel eröffnet oder, wenn der Schriftwechsel abgeschlossen ist, die Verfügung redigiert. Ein Teil der Arbeit sind das Studieren von Akten und die juristischen Recherchen, zum allgemeinen Verfahrensrecht oder zur Stromversorgungsgesetzgebung. Zu den offenen Fragen sind anschliessend Lösungen zu erarbeiten, oft im Team mit Ökonomen und Ingenieuren. Das ist sehr spannend, zu neuen Fragen mit einem Team zusammen Lösungen zu entwickeln. Verfasste Verfügungen schicken wir dann an die Kommission und vertreten diese dort, beantworten Fragen und nehmen allenfalls wo gewünscht Änderungen vor. Fertiggestellte Verfügungen werden an die Parteien verschickt.

Vom Bundesamt für Energie erhalten wir die Erlasse im Energiebereich zur Stellungnahme und können uns hier bei der Gesetzgebung einbringen.

Gelegentlich wird die ElCom von der UREK eingeladen, um gewisse Fachthemen zu erläutern, z.B. zur Versorgungssicherheit mit Strom.

Ab und zu referieren wir zu Fachthemen. Es ist also nicht nur die stille Arbeit im Kämmerlein mit einem Stapel Bücher, es gibt täglich Gelegenheit zum Austausch.

Ce qui me manque peut-être, c'est d'avoir le temps de réfléchir et approfondir un dossier.

QFLR: Vous êtes cheffe de la Section Droit de l'ElCom, quelles tâches viennent en plus de votre travail de juriste avec cette position ?

C'est principalement la coordination avec la hiérarchie, entre les collaborateurs et entre les différents teams : fixer des objectifs, ce que nous faisons jusqu'à quand. Je reçois les courriers et je répartis les dossiers entre les collaborateurs. Il n'y a pas beaucoup de dossiers que je traite moi-même. Ma tâche est donc plutôt d'accompagner mes collaborateurs. En revanche, je relis toutes les décisions et discute les questions ouvertes avec mes collègues.

À ce travail de direction thématique s'ajoute le travail personnel de direction, les entretiens avec les collaborateurs, le recrutement, etc. Heureusement, je peux compter sur une équipe très compétente. Nous n'avons pour ainsi dire pas de conflits, ce qui est probablement le résultat d'une collaboration collégiale.

QFLR: Est-ce que ça vous manque de travailler comme pure juriste, ou, justement, ça vous plaît d'organiser l'activité de la section ?

J'aime beaucoup ce que je fais. Ce qui me fascine toujours, c'est « l'intelligence collective ». Lorsque je communique des informations ou des questions, l'équipe continue à réfléchir et de nouvelles solutions, parfois surprenantes, sont proposées. Ce qui me manque peut-être c'est d'avoir le temps de réfléchir et approfondir un dossier.

QFLR: Was sind in Ihren Augen die besten Gründe, um bei der Bundesverwaltung zu arbeiten?

Die Arbeit ermöglicht einen Einblick in die Politik und die Funktionsweise unseres Staates. Das beeinflusst ja unser Leben. Wenn einem das interessiert, sieht man das nirgends besser als in der Bundesverwaltung. Je nachdem hat man auch einen recht grossen Einfluss. Man kann Erlasse schreiben und das steht nachher so im Gesetz. Klar geht ein Entwurf dann ins Parlament und wird teils stark bearbeitet, aber auch dort: In den parlamentarischen Kommissionen sind meistens Leute aus der Verwaltung präsent, welche Fragen beantworten, auf Ungereimtheiten hinweisen und das Gewünschte in einen Rechtstext umwandeln müssen. Auch beim Vollzug der Bestimmungen hat man Gestaltungsspielraum. Man kann also wirklich einen Beitrag leisten.

QFLR: Scheint eine abwechslungsreiche Arbeit zu sein.

Ja genau! Als ich zu Beginn zum Bundesamt für Energie ging, hatte ich das Gefühl, «jetzt mache ich "nur" noch Energie». Aber das Erste, was ich dort auf dem Tisch hatte, war ein Lizenz-Vertrag, den ich zu evaluieren hatte. Klar hat meine Arbeit generell einen Fokus auf Strom, aber das Thema ist unglaublich breit und tief, es kommt immer wieder etwas Neues und das macht die Arbeit so spannend.

QFLR: Als Leiterin der Sektion Recht sind Sie auch in den Rekrutierungsprozess eingebunden. Würden Sie einer Kandidatur mit Doktorat oder einer mit Anwaltpatent den Vorrang geben?

Bei der Rekrutierung gebe ich weder dem einen noch dem anderen Vorrang. Ich verlange eine Zusatzausbildung, also in der Regel, dass jemand ein Doktorat oder ein Anwaltpatent hat. Ein Doktorat ist sicher sinnvoll, auch in der Bundesverwaltung, da man dort lernt noch methodischer, fokussierter und systematischer zu arbeiten. Bei der Jobsuche im Allgemeinen, auch ausserhalb der Bundesverwaltung, wird vermutlich das Anwaltpatent höher gewichtet.

QFLR: Kommen wir zum aktuell omnipräsenten Thema: die Energiekrise. Mit ihr ist die ElCom wohl etwas bekannter geworden, man hat jedenfalls das Gefühl, dass in den Medien öfters über sie gesprochen wird. Wie erleben Sie das?

Es ist tatsächlich so, dass wir massiv mehr

Mediananfragen erhalten. Auch in der Politik läuft diesbezüglich noch mehr als sonst. Zudem erhalten wir momentan sehr viele Anfragen von Direktbetroffenen, wie beispielsweise eine Bäckerei, welche plötzlich eine exorbitant hohe Stromrechnung erhält oder Netzbetreiber, welche Offerten zu sehr hohen Preisen für den Einkauf erhalten.

QFLR: Bereits vor dieser Energiekrise hat das Thema Energie ja viele Entwicklungen durchgemacht. Viele Krisen haben Auswirkungen auf das gesellschaftliche Bewusstsein rund um die Energiegewinnung und den Strommarkt ausgelöst. Man denke an die Katastrophe in Fukushima und den kurz darauf beschlossenen Ausstieg aus der Atomkraft, die Energiestrategie 2050 und jetzt dazu auch noch hohe Preise. Wie erlebt man ein sich so stark entwickelndes Umfeld auf Ihrer Position?

Die konkreteste Auswirkung ist, dass wir eine sehr hohe Kadenz haben an Gesetzes- und Verordnungsänderungen. Man muss wirklich dranbleiben, es ändert sich sehr schnell und die Rechtssicherheit leidet. Wichtig ist auch immer die Frage der Übergangsbestimmungen, was zum Teil auch eine Herausforderung sein kann.

Was bei den vielen Änderungen jeweils auch im Vordergrund stehen muss, ist, wie wir den politischen Willen umsetzen können. Bei der Rückliefervergütung haben wir beispielsweise die ganzen Materialien und Kommissionsprotokolle durchgeackert, denn die Regeln waren halt einfach nicht klar. Für mich entstand fast der Eindruck, dass gewisse Parlamentarier genau wussten, dass die Regeln nicht klar sind, aber weil bei einer zu expliziten Regelung die Abstimmung hätte verloren werden können, liess man das so stehen. Der Bundesrat hat dann die Verordnung erlassen, und es kam die Kritik, dass die Verordnung gesetzeswidrig sei. Im Endeffekt gewinnt also niemand, wenn unklar legiferiert wird.

Wenn es schnell gehen muss, ist dann die Gefahr auch immer da, dass etwas unsauber ist und am Schluss eben das politische Ziel nicht erreicht wird. Es fängt bereits bei der Meinungsbildung an. Bei so komplexen Bereichen ist es eine Herausforderung, dass wirklich alle ein gemeinsames Verständnis davon haben, was sie überhaupt wollen bzw. wo die Differenzen liegen. Dieser Wille muss dann vom

Parlament oder Bundesrat zu Papier gebracht werden. Wir bei der ElCom vollziehen schliesslich Gesetze und Verordnungen und schauen, was geschrieben steht und was gewollt war. Wenn das dann nicht klar ist, hat die Politik ihr Ziel verfehlt.

QFLR: Avec les événements de ces derniers temps et les crises probables à venir, il semble y avoir une certaine inquiétude de la population quant à la manière dont les ressources énergétiques sont gérées. Est-ce que cette inquiétude vous affecte dans votre travail ?

On en pense bien sûr, oui. C'est plutôt les entreprises ou individus concernées par les prix exorbitants de l'électricité qui s'adressent à nous.

QFLR: Et qu'en est-il des médias ?

Notre tâche est notamment d'informer le Conseil fédéral, mais en tous cas pas de faire peur ou de participer au débat public. Nous nous basons sur les risques éventuels et proposons des solutions. Alors, il nous faut bien estimer les risques : si l'hiver se passe finalement bien mais que l'on a pris trop de précautions — je pense ici à la réserve d'énergie hydraulique, alors on sera pointé du doigt et si l'hiver se passe mal parce que l'on n'a pas pris suffisamment de précautions, on sera également pointé du doigt.

Notre tâche est d'informer le Conseil fédéral [... :] nous nous basons sur les risques éventuels et proposons des solutions. Il nous faut bien estimer les risques.

QFLR: Ist das Recht in der Krise mehr Bremse oder Garant für Sicherheit?

Das Recht empfinde ich klar als Ermöglicher. Es gibt ja beispielsweise einige Verordnungen, die vor kurzem gestützt auf das Landesversorgungsgesetz erlassen worden sind, z.B. zur temporären Reduktion von Restwassermengen. In dieser Situation ermöglicht das Recht diese Notmassnahmen. Ob die Massnahmen nun gut oder schlecht sind, ist eine andere Frage, sie

müssen aber gesetzes- und verfassungskonform und damit demokratisch legitimiert sein.

QFLR: Hat die Politik generell einen grossen Einfluss auf die Arbeit der ElCom?

Natürlich in Form der Gesetze und Verordnungen, die wir anwenden. Zum Teil ist es auch umgekehrt, dass die ElCom einen Einfluss auf die Politik hat. Wenn die ElCom Stellungnahmen abgibt, ist es oft eine gewisse Gratwanderung – man möchte ja nicht politisieren. Die ElCom soll ihre rechtlichen, ökonomischen und technischen Kompetenzen politisch neutral in Diskussionen einbringen, die mit ihrem Aufgabenbereich zu tun haben. In der ElCom gibt es aber natürlich ein politisches Selbstverständnis. So war nicht nur der jetzige Präsident Werner Luginbühl früher Präsident der ständerätlichen Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie, sondern auch bereits sein Vorgänger Carlo Schmid. Bei der ElCom haben sie nun eine andere Rolle, nicht eine politisierende, sondern eine begleitende.

QFLR: Au vu de l'activité très spécialisée de l'El-Com, trouvez-vous judicieux que les personnes à la tête de cette commission soient des miliciens ?

Oui, selon moi c'est bien comme ça. En période de crise comme maintenant, effectivement, ce serait plus pratique qu'ils soient tous disponible en permanence car tout doit aller très vite mais ça ne nous empêche pas de travailler. Il y a des réunions mensuelles et le travail par voie de circulation nous permet de travailler dans des conditions convenables. Mais en temps normal, une activité de milice à ces postes convient tout à fait.

QFLR: Pour terminer, nous aimerions que vous nous parliez de bilinguisme. À la Confédération, il y a des personnes de toutes les régions linguistiques. Est-ce que tout le monde se comprend ?

Oui, en interne, chaque personne parle dans sa langue maternelle. Bien sûr que tout le monde ne comprend pas toujours tout. Mais pour prendre un exemple, on a une nouvelle collaboratrice dans une autre section qui vient de France et pour le moment elle ne parle pas l'allemand mais les gens font l'effort de s'assurer qu'elle comprenne ce qu'il se passe. Dans notre section malheureusement je n'ai qu'un seul collaborateur

francophone. Il y en a un autre qui vient d'Italie et qui a fait toutes ses écoles en Suisse alémanique et ses études à Fribourg. Il rédige donc parfaitement en italien, français et allemand, ce que je trouve impressionnant. En fait, on n'a pas beaucoup de cas romands au service juridique. Sur dix demandes qui nous sont adressées, il ne doit y en avoir qu'une en français. Ce n'est donc pas par manque d'envie d'employer des personnes francophones qu'il y en a autant peu dans la section mais plutôt par manque de travail en français ou italien.

LEADING CASES



LawInside.

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

Un arrêt détaillé

Le contrôle abstrait de la Loi genevoise sur la laïcité de l'État (III/III) : les restrictions relatives aux signes extérieurs

ATF 148 I 160

L'art. 7 al. 1 LLE/GE permet au Conseil d'État d'interdire le port de signes religieux ostentatoires sur le domaine public et dans des lieux publics pour une période limitée afin de prévenir des troubles graves à l'ordre public. Cette disposition est conforme à l'art. 36 Cst. Il en va de même pour l'art. 7 al. 2 LLE/GE qui prévoit que le visage doit être visible dans certains lieux publics.

Faits

Le 26 avril 2018, le Grand Conseil du canton de Genève adopte la loi sur la laïcité de l'État (LLE/GE). Suite à un référendum, la loi est soumise au vote populaire et acceptée à 55,05%. Elle entre en vigueur le 9 mars 2019.

Une association ayant pour but de « revendiquer l'égalité de traitement de la communauté musulmane dans la pratique de la liberté religieuse à Genève et en Suisse », ainsi que son président, forment un recours abstrait contre certaines dispositions de la LLGE/GE auprès de la Cour de justice du Canton de Genève. Celle-ci admet partiellement le recours, et annule l'art. 3 al. 4 LLE/GE relatif aux restrictions de signes extérieurs religieux par les membres du Grand Conseil et des conseils municipaux (cf. ACST/35/2019).

L'association et son président forment un recours abstrait de droit public auprès du Tribunal fédéral. Ils requièrent l'annulation de l'arrêt de la Cour de justice

et des nouvelles dispositions sur (1) l'interdiction de signaler son appartenance religieuse dans le cadre de ses fonctions (cf. LawInside.ch/1189/), (2) l'interdiction des manifestations religieuses de nature culturelle sur le domaine public (cf. Lawinside.ch/16944/) et (3) les restrictions relatives aux signes extérieurs sur le domaine public et dans certains lieux publics.

Le présent résumé traite du troisième point, plus précisément de la constitutionnalité de l'art. 7 al. 1 et 2 LLE/GE. Celui-ci est formulé comme suit :

«Art. 7 – Restrictions relatives aux signes extérieurs

1. Afin de prévenir des troubles graves à l'ordre public, le Conseil d'Etat peut restreindre ou interdire, sur le domaine public, dans les bâtiments publics, y compris les bâtiments scolaires et universitaires, pour une période limitée, le port de signes religieux ostentatoires. En cas de recours, le tribunal compétent statue dans un délai de 15 jours.

2. Dans les administrations publiques, les établissements publics ou subventionnés, ainsi que dans les tribunaux, le visage doit être visible. Les exceptions sont traitées par voie réglementaire.»

Droit

Le Tribunal fédéral se penche sur les restrictions relatives aux signes extérieurs prévue à l'art. 7 LLE/GE et leur compatibilité avec la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.).

L'art. 7 al. 1 LLE/GE donne au Conseil d'État la compétence de restreindre ou interdire le port de signes religieux ostentatoires sur le domaine public et dans les bâtiments publics pour une période limitée, afin de prévenir des troubles graves à l'ordre public.

Le Tribunal fédéral constate qu'il semble à première vue difficile d'interpréter la notion de "troubles graves à l'ordre public", contrevenant ainsi à l'exigence de densité normative (art. 36 al. 1 Cst.). Toutefois, la restriction à la liberté de conscience et

de croyance n'étant pas "grave", il convient de ne pas se montrer trop exigeant quant à la précision de la disposition. Cela vaut d'autant plus que l'interdiction est limitée dans le temps, ne s'applique qu'aux signes "ostentatoires" et peut faire l'objet d'un recours.

Le fait d'interdire le port de tout signe religieux ostentatoire vise à éviter des troubles graves à l'ordre public causés notamment par des affrontements entre personnes de foi différente. La mesure est donc justifiée par un intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.).

Quant à la proportionnalité de cette interdiction (art. 36 al. 3 Cst.), le Tribunal fédéral l'admet mais à deux conditions. Premièrement, la notion de signes religieux "ostentatoires" devra se limiter aux signes religieux portés "de manière provocatrice". Il ne saurait être question d'interdire de simples signes religieux - même forts - par lesquels une personne se limite à manifester sa foi ou à obéir aux préceptes de celle-ci. Deuxièmement, la mesure ne pourra être mise en œuvre qu'ultima ratio, dans les cas où un conflit interconfessionnel risquerait de causer des troubles graves à l'ordre public, en raison d'un danger direct et imminent.

En conclusion, il est possible d'interpréter l'art. 7 al. 1 LLE/GE conformément à l'art. 36 al. 3 Cst. L'annulation de cette disposition ne se justifie donc pas.

Quant à l'art. 7 al. 2 LLE/GE, celui-ci prévoit que le visage doit être visible dans les administrations publiques, les établissements publics ou subventionnés et les tribunaux. Les exceptions sont traitées par voie réglementaire.

Cette obligation de montrer le visage dans certains lieux touche en particulier le droit des femmes musulmanes de porter le voile intégral et constitue ainsi une ingérence dans leur liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.).

L'intérêt public visé par une interdiction de montrer son visage réside dans la protection de la sécurité publique par le biais d'une meilleure identification des citoyens dans certains lieux. Selon le Tribunal fédéral, une telle interdiction est apte à atteindre ce but. De plus, elle est nécessaire, en ce sens que, même si d'autres mesures (p.ex. contrôles d'identité, limitation du nombre de personnes pouvant être admises en même temps etc.) peuvent renforcer

la sécurité publique, elles sont plus contraignantes qu'une interdiction de montrer le visage. Enfin, la sécurité publique dans les lieux précités prévaut sur la restriction à la liberté de conscience et de croyance, d'autant plus que l'interdiction est limitée à certains lieux, que des exceptions peuvent être prévues et qu'il existe une voie de recours.

Ainsi, l'art. 7 al. 2 LLE/GE respecte les conditions de l'art. 36 Cst., de sorte que son annulation ne se justifie pas.

Note

Concernant la constitutionnalité de l'interdiction de signaler son appartenance religieuse dans le cadre de ses fonctions, cf. notre résumé précédent *in* LawInside.ch/1189/.

Concernant la constitutionnalité de l'interdiction de manifestations religieuses culturelles sur le domaine public, cf. notre résumé précédent *in* Lawinside.ch/1194/.

ARIANE LEGLER, Le contrôle abstrait de la Loi genevoise sur la laïcité de l'État (III/III) : les restrictions relatives aux signes extérieurs, in : www.lawinside.ch/1195/

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

Droit pénal, TF, 07.04.22, 6B_1360/2021*

MARIE-HÉLÈNE SPIESS, **La responsabilité pénale du détenteur d'un compte Facebook pour des propos publiés par des tiers**

Le détenteur d'un compte Facebook ne peut être pas être condamné pour discrimination raciale en raison de commentaires « postés » sur sa page en réaction à l'une de ses publications, faute de connaissance des commentaires litigieux et en l'absence d'une base légale spécifique.

Procédure pénale, TF, 01.09.22, 4A_417/2021***ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, L'interruption de prescription de l'action contractuelle en procédure pénale**

Le dépôt d'une plainte pénale et de conclusions civiles par adhésion (art. 122 al. 1 CPP) n'interrompt pas la prescription de l'action contractuelle.

Procédure pénale, TF, 15.08.2022, 6B_1310/2021***QUENTIN CUENDET, Le sort des prétentions contractuelles invoquées en procédure pénale**

La notion de conclusions civiles au sens des art. 122 ss CPP vise uniquement les prétentions qui peuvent se déduire d'une infraction pénale, ce qui exclut les prétentions contractuelles.

Droit des contrats, ATF 148 III 126**VICTOR SELLIER, La prise en compte des jours chômés dans le calcul de la prolongation du temps d'essai**

Seuls les jours de maladie qui auraient dû être effectivement travaillés sont susceptibles de générer une prolongation du temps d'essai au sens de l'art. 335b al. 3 CO. De même, seuls les jours ouvrables sont à prendre en compte dans le calcul de l'échéance de la prolongation du temps d'essai. Ainsi, si l'un des événements cités à l'art. 335b al. 3 CO survient pendant un jour chômé, cela n'emporte pas prolongation du temps d'essai.

Droit civil, ATF 148 III 245**MARIE-HÉLÈNE SPIESS, Gestation pour autrui à l'étranger et filiation (2/2): l'établissement de la filiation face au principe 'mater semper certa est'**

Lorsque, en cas de gestation pour autrui (GPA) à l'étranger, la filiation de l'enfant avec les parents d'intention est analysée sous l'angle du droit suisse, le principe 'mater semper certa est' (art. 252 al. 1 CC) est applicable nonobstant la présence d'un lien génétique entre la mère d'intention et l'enfant né par GPA. Par conséquent, la mère porteuse est la mère juridique de l'enfant né par GPA de par la loi. Alors que le contrat de GPA peut constituer une reconnaissance d'enfant valable du père d'intention génétiquement lié à l'enfant,

ce n'est pas le cas en ce qui concerne la mère d'intention génétiquement liée à l'enfant. La voie de l'adoption des enfants de son conjoint (art. 264c ss CC) en vue de l'établissement d'un lien de filiation lui est toutefois en principe ouverte.

Procédure civile, TF, 12.01.2022, 5A_75/2020***CAMILLE DE SALIS, Légitimation passive et action en modification d'une contribution d'entretien de l'enfant**

Le Tribunal fédéral procède à un revirement de jurisprudence, en considérant que l'action en modification d'une contribution d'entretien doit être intentée contre l'enfant seul-e (ou son/sa représentant-e légal-e), et non contre la collectivité publique, y compris lorsque cette dernière a avancé une partie des contributions.

Droit public, TF, 09.09.2022, 1B_420/2022***MARC GREZELLA, Greffier et juge suppléant au sein du même tribunal : des fonctions incompatibles ?**

La pratique zurichoise autorisant les greffiers d'un tribunal à siéger comme juges suppléants au sein du même tribunal viole le droit à un tribunal indépendant et impartial garanti par l'art. 30 al. 1 Cst. féd.. En effet, une telle pratique crée à tout le moins une apparence de partialité en raison de l'existence d'une hiérarchie informelle entre les membres de l'autorité décisionnelle. Le fait que les juges suppléants soient élus selon les mêmes modalités que les juges ordinaires et ne leur soient pas formellement subordonnés n'y change rien.

Droit public, TF, 30.05.2022, 2C_34/2021**ARIANE LEGLER, Les chauffeurs Uber sont-ils des employés ?**

Il n'est pas arbitraire de retenir l'existence d'un contrat de travail entre les chauffeurs Uber opérant à Genève et leur cocontractant Uber B.V.. Ainsi, cette société doit être qualifiée d'"exploitant d'entreprise de transport" au sens de l'art. 4 let. c LTVTC/GE et respecter les obligations y afférentes, notamment en matière de protection sociale et de conditions de travail des chauffeurs.

Jacquemoud
Stanislas
Attorneys at Law



Join our team

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

More information about our summer programs and career perspectives on jaquemoudstanislas.ch



L'ordonnance pénale: un casse-tête pour la défense

Pascal Tabara, Avocat-stagiaire chez Charrière Mauron & Associés SA à Bulle

Im Strafbefehlsverfahren ist die Position des Angeklagten heikel. Zu bedenken sind die Risiken, die mit dem Fehlen einer obligatorischen Untersuchung verbunden sind (I.A.), das Missbrauchspotenzial, das dieses Verfahren zulässt (I.B.), sowie die Fiktion, dass die Einsprache zurückgezogen werden kann (II.). Diese drei Elemente werden anhand von zwei praktischen Beispielen und einer akademischen Überlegung, basierend auf der aktuellen Rechtsprechung, veranschaulicht.

Introduction

90% des condamnations en Suisse sont des condamnations par ordonnance pénale ou sur opposition¹. Cette procédure est la façon la plus fréquente de conduire une procédure pénale. L'avocat prend régulièrement connaissance d'une ordonnance pénale et doit parfaitement connaître les particularités de cette procédure. Cette contribution a pour tâche d'en présenter quelques-unes, sans volonté d'exhaustivité.

La première partie (infra I) illustre, à travers deux exemples issus de ma courte expérience pratique du droit, les difficultés rencontrées par le défenseur du prévenu durant la procédure de l'ordonnance pénale. La seconde partie (infra II) traite quant à elle de la fiction du retrait de l'opposition, laquelle constitue certainement la disposition la plus épineuse et controversée de la procédure de l'ordonnance pénale.

L'auteur de ces lignes part de l'idée que le lecteur connaît, au moins dans les grandes lignes, les dispositions régissant l'ordonnance pénale (art. 352 ss CPP). Aussi, il est renoncé à leur présentation afin de ménager une plus grande place aux exemples et aux réflexions qu'ils m'ont inspirés.

¹ KÜHN André / BERGER-KOLOPP Léa, Regard criminologique sur l'ordonnance pénale, p. 195, in : Bohnet et alii (édit), Dix ans de Code de procédure pénal, 2020 Bâle ; GILLIÉRON Gwladys / KILLIAS Martin, ad art. 352 CPP, n° 3 in : Commentaire romand CPP, Jeanneret et alii (édit), Bâle 2019.

I. Exemples pratiques

A. Procédure de l'ordonnance pénale génératrice d'erreurs

La réunion de la concentration des pouvoirs en une seule autorité et le caractère facultatif de l'instruction permet au Ministère public d'évacuer sommairement la quasi-totalité des procédures pénales. 90% des procédures pénales aboutissant à une condamnation sont rendues dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale². En outre, seul 8% des prévenus faisant l'objet d'une ordonnance pénale ont été préalablement entendu par le Ministère public avant le prononcé³. L'ouverture d'une instruction est ainsi l'exception.

Ces caractéristiques sont propres à engendrer des erreurs. Mon expérience personnelle jusqu'ici tend à constater que les ordonnances pénales sont régulièrement de mauvaise qualité. Il est fréquent d'y lire des erreurs patentées.

Prenons l'exemple d'un client à l'encontre duquel le Ministère public de l'arrondissement de Lausanne a prononcé une peine privative de liberté ferme de 6 mois pour réprimer l'infraction d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP). Or, cette infraction est punie d'une peine pécuniaire uniquement de 30 jours-amende maximum. Certes, la peine privative de liberté de 6 mois incluait la révocation d'un sursis antérieur accordé à une peine privative de liberté de 4 mois. La peine privative de liberté liée à la nouvelle infraction était donc de 2 mois. Il n'en demeure pas moins que l'erreur est grossière, car une peine pécuniaire devait nécessairement être prononcée et que la quotité excède le plafond légal de l'infraction. Une simple lecture de la loi aurait pourtant révélé l'illégalité manifeste de la peine.

Par ailleurs, la personnalité du prévenu avait été négligée. Aucune mention n'était faite des troubles psychiques dont souffre le client dans l'ordonnance alors qu'ils ressortaient nettement du dossier. Statuant

² *Ibidem.*

³ KÜHN André / BERGER-KOLOPP Léa, p. 209.

sur opposition et sur la base des pièces au dossier, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a retenu une capacité de discernement partielle au moment des faits et a prononcé une peine pécuniaire ferme de 5 jours-amende à Fr. 10.-, sans révocation du sursis, soit une peine radicalement différente de celle de l'ordonnance pénale.

Cet exemple illustre que la procédure de l'ordonnance pénale est une procédure où la présence d'un défenseur apporte une grande plus-value. La mauvaise qualité de l'instruction et le manque de soin apporté par le rédacteur de l'ordonnance conduisent à de fréquentes violations du droit dont le défenseur s'empresse de soulever auprès du juge.

Néanmoins, ces considérations inquiètent lorsque l'on pense aux nombreux prévenus qui n'ont pas fait opposition à ces ordonnances de mauvaise qualité.

B. Abus de l'usage de l'ordonnance pénale

La tentation peut être grande pour le Ministère public de prononcer une peine clémente, malgré un dossier bancal sur certaines infractions. Puisque le tribunal de première instance peut statuer librement sur la peine, le prévenu est tiraillé entre l'envie de se défendre et la peur de voir sa sanction aggravée.

Ce risque est exacerbé pour les cas où l'expulsion est obligatoire, notamment l'art. 66a al. 1 let. d CP. Les cas de vol par effraction de peu de gravité sont en effet courants. Dans cette hypothèse, il peut arriver que le Ministère public « oublie » la mesure d'expulsion, mesure dont le prononcé n'entre d'ailleurs pas dans ses compétences (art. 352 al. 2 *a contrario* CPP). Le prévenu est ainsi pratiquement réduit à accepter l'ordonnance pénale pour éviter l'expulsion alors même que certaines infractions ne sont pas caractérisées ou que la peine est trop sévère.

Un client en a fait l'amère expérience. Sans domicile fixe, il volait dans les magasins pour se nourrir, ce qui a conduit à une interdiction d'entrer dans la plupart des centres commerciaux du centre de Fribourg. Chaque fois qu'il récidivait, il commettait un vol en relation avec une violation de domicile, soit un cas d'expulsion obligatoire, mais la valeur des biens dérobés, principalement de la nourriture, dépassait rarement les Fr. 10.-. Il lui arrivait également de voler des objets de plus grande valeur pour les receler. La somme totale

des butins n'a toutefois jamais dépassé Fr. 1'000.-. En outre, ce même client a été accusé d'avoir menacé et contraint un vendeur.

Le client reconnaissait les vols, mais contestait fermement toute menace contre le vendeur. Il ne voyait même pas qui pouvait être la personne qui l'accusait.

Dans son ordonnance pénale, le Ministère public fribourgeois a condamné le client à une peine privative de liberté ferme de 180 jours pour toutes les infractions, sans mesure d'expulsion. Laisser le Juge de police statuer sur le fond était impossible, parce que l'expulsion judiciaire était inévitable, la clause de rigueur n'entrant pas en ligne de compte chez le client. La stratégie de défense adoptée a été de déposer une opposition longuement motivée dans l'espoir d'obtenir une peine plus clémente.

Espoir déçu. Le Ministère public a en effet immédiatement transmis l'opposition au Juge de police, de sorte que nous n'avons pas eu d'autre choix que de retirer l'opposition. Ce choix a été renforcé par le fait que le client était en détention provisoire, que cette dernière venait d'être prolongée et que le client avait déjà purgé un peu plus de 3 mois au moment du retrait de l'opposition. Comme il approchait du seuil des 2/3 de la peine (soit 4 mois), il pouvait espérer obtenir une libération conditionnelle. Il ne pouvait toutefois y prétendre que si la condamnation était définitive, la jurisprudence excluant de tenir compte d'une éventuelle libération conditionnelle ou d'un sursis dans l'application de l'art. 212 al. 3 CPP⁴.

Cet exemple illustre que le prévenu soumis à la procédure de l'ordonnance pénale peut être mis dans une position dans laquelle le seul bon choix est de ne pas s'opposer, respectivement de retirer son opposition.

II. État des lieux critique sur la fiction du retrait de l'opposition du prévenu défaillant

Il est pour le moins étonnant qu'un même code régit de manière radicalement différente les conséquences du défaut que l'on soit jugé en procédure ordinaire ou en procédure de l'ordonnance pénale. D'un côté, le législateur suisse semble avoir commis un sans faute concernant la codification de la jurisprudence de la CEDH dans le régime de la procédure par défaut

⁴ ATF 145 IV 179, c. 3.4 ; 143 IV 168, c. 5.1.

« ordinaire » (art. 366 ss CPP). De l'autre, les députés ont purement ignoré ces principes dans le régime du défaut en procédure de l'ordonnance pénale (art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP).

Pour mémoire, l'arrêt *Sejdovic c. Italie* détaille la portée de des garanties offertes par l'art. 6 CEDH en matière de défaut. Le prévenu a un droit à être jugé en sa présence⁵. En cas de défaut, la possibilité de demander un nouveau jugement lors duquel il peut être entendu sur le bien-fondé de l'accusation en fait et en droit doit exister⁶. En outre, une procédure non contradictoire peut être prévue seulement si elle est entourée des garanties minimales suivantes⁷ :

1. le prévenu doit avoir reçu la citation à comparaître ;
2. le prévenu doit avoir renoncé sans équivoque à comparaître ou doit avoir cherché à se soustraire à la justice ;
3. le prévenu n'a pas été privé de son droit à un avocat.

En outre, le fardeau de la preuve repose sur les autorités pénales. Le prévenu n'a en particulier pas à apporter la preuve qu'il n'a pas cherché à se soustraire à la justice⁸.

Le Tribunal fédéral s'est ainsi vu contraint d'intervenir pour tempérer la rigueur de la loi. Dans un arrêt de principe, les juges fédéraux ont estimé qu'une telle réglementation n'était conforme à l'art. 6 CEDH et l'art. 29a Cst. uniquement si les circonstances entourant le défaut faisaient apparaître de bonne foi un désintérêt du prévenu pour la suite de la procédure pénale⁹. La motivation de cet arrêt est curieuse dans la mesure où les juges fédéraux réussissent l'exploit de procéder à une interprétation conforme sans se référer à leur propre jurisprudence relative à l'art. 29a Cst. ni aux arrêts de principe rendus par la CourEDH, en particulier l'arrêt *Sejdovic c. Italie*.

À mes yeux, il est manifeste que le Tribunal fédéral a cherché à ménager le législateur en ne confrontant pas de manière trop détaillée les art. 355 al. 2 et 356 al. 4 CPP aux principes dégagés par la CourEDH en

matière de jugement par défaut. L'introduction de la notion de désintérêt, même si elle constitue une nouveauté favorable au prévenu, ne correspond pas à celle de renonciation non équivoque à une procédure contradictoire. Les juges fédéraux ont essayé de ménager la chèvre et le chou, car l'application complète de la jurisprudence strasbourgeoise aurait conduit à ce que seules des circonstances très particulières – dont la preuve appartient aux autorités pénales et qui font généralement défaut lors d'une « simple » absence à l'audience – justifient l'application de la fiction de retrait.

En revanche, lorsqu'il statue sur l'application des art. 366 ss CPP, le Tribunal fédéral cite et commente longuement l'arrêt CEDH *Sejdovic c. Italie*¹⁰.

Or, les principes développés par la CEDH en matière de procédure par défaut sont uniformes, et, en particulier, ne varient pas selon les distinctions procédurales que peut connaître le droit interne. Le Tribunal fédéral devrait donc citer et appliquer ses propres considérants contenant sa lecture de l'arrêt *Sejdovic c. Italie* dans les deux cas.

Cette application uniforme est d'autant plus nécessaire depuis qu'un arrêt récent et destiné à la publication a donné lieu à un vrai contrôle de conventionnalité du même mécanisme de fiction de retrait que connaît la procédure de l'ordonnance pénale¹¹.

La question à juger était la compatibilité de la fiction de retrait de l'appel en cas de citation à comparaître infructueuse. En l'espèce, le prévenu avait quitté la Suisse avant même le jugement de première instance. Il avait obtenu une dispense de comparaître et avait été défendu par un avocat devant le tribunal de première instance. C'était d'ailleurs son avocat qui avait fait appel. Le prévenu n'avait jamais communiqué son nouveau domicile depuis son départ de Suisse. Dans ces circonstances, les juges fédéraux ont considéré qu'il était manifeste que le prévenu avait renoncé sans équivoque à une procédure d'appel, laquelle n'est du reste pas obligatoire et dépend de la volonté des parties.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a repris sa lecture de l'arrêt *Sejdovic c. Italie*. Le contrôle de

⁵ Arrêt CEDH n° 56581/00 *Sejdovic c. Italie* du 1^{er} mars 2006 §81.

⁶ *Idem*, §82.

⁷ *Idem*, §86-88.

⁸ *Idem*, §88.

⁹ ATF 140 IV 82 consid. 2.3 et 2.5.

¹⁰ Arrêt TF 6B_998/2021 du 22 juin 2022 destiné à la publication consid.1.12 ; 6B_561/2021 consid. 1.1.2.

¹¹ Arrêt TF 6B_998/2021 du 22 juin 2022 destiné à la publication.

l'art. 407 al. 1 let. c CPP à l'aune des principes évoqués ci-dessus a été fait en bonne et due forme. À mes yeux, il faut voir dans cet arrêt récent la possibilité d'une nouvelle intervention du Tribunal fédéral au sujet de la fiction de retrait. Nombre des arguments retenus dans l'arrêt ne peuvent pas être transposés lorsque le défaut intervient en procédure de l'ordonnance pénale, soit avant un jugement par une autorité judiciaire. En particulier, le contrôle du caractère non équivoque de la renonciation tacite du prévenu a été longuement développé par les juges fédéraux. Ceci tranche avec les nombreux arrêts où la fiction de retrait est appliquée au seul motif que le prévenu ne s'est pas ou peu manifesté depuis son opposition¹².

Il est ainsi permis d'espérer que le Tribunal fédéral adoucisse encore la rudesse de la fiction de retrait prochainement. Pour l'heure, il est clair que les juges fédéraux ne peuvent plus entretenir une telle différence de traitement dans leurs arrêts dans la mesure où les principes découlant de l'art. 6 CEDH doivent recevoir la même application, que l'on soit en procédure ordinaire, en procédure d'appel ou en procédure d'ordonnance pénale.

Conclusion

La procédure de l'ordonnance pénale est une procédure qui déroge à la procédure ordinaire dans un souci évident d'efficacité pénale. Son utilisation massive a largement dépassé les frontières du contentieux de masse pour lequel elle était originellement destinée. La conjonction entre procédure préliminaire sommaire et fiction de retrait de l'opposition rend la position du prévenu très précaire, car ces deux éléments sont les meilleurs ingrédients d'une erreur judiciaire.

Pourtant, le système ne devrait pas être abandonné. À mon sens, il suffirait de trois changements pour rétablir l'égalité des armes tout en préservant l'efficacité dans la réponse pénale voulue par l'Assemblée fédérale.

Premièrement, l'opposition devrait obligatoirement être transmise au tribunal de première instance. Le Ministère public serait ainsi contraint d'améliorer son instruction pour éviter l'acquiescement.

Deuxièmement, le tribunal de première instance

devrait être lié par la peine proposée par le Ministère public. Le prévenu ne serait ainsi plus tiraillé entre envie de se défendre et la peur d'une aggravation. C'est au demeurant la raison d'être de l'interdiction de la *reformation in pejus*.

Troisièmement, la fiction de retrait de l'opposition en cas de défaut devrait être abrogée. Aucun intérêt public – pas même l'efficacité dans la réponse pénale – ne justifie une sanction si sévère et une telle différence de traitement avec la procédure ordinaire.

À ces conditions, l'ordonnance pénale ne devrait plus constituer une source d'erreur judiciaire et les difficultés présentées dans cette contribution seraient neutralisées. La confiance dans l'institution judiciaire ne pourrait qu'en ressortir grandie.

¹² Arrêt TF 6B_667/2021 du 4 juillet 2022 ; 6B_1113/2020 du 25 mars 2021.



Vie universitaire

Chères étudiantes, chers étudiants,

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

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

Chères étudiantes, liebe Studenten,

Gerne schreiben wir ein paar Zeilen, um auf den Jahresbeginn zurückzublicken, der sowohl in der Universitätspolitik als auch auf der Ebene der Veranstaltungen sehr reichhaltig war.

Wir freuten uns bereits über die Umsetzung vieler unserer Projekte, wie zum Beispiel die Verwendung des TWINT-Systems bei UNIPRINT und in der Mensa.

Unser traditionelles Coaching-Programm fand, wie jedes Jahr, zu Beginn des Herbstsemesters statt. Wir freuten uns, auf zahlreiche Coaches zählen zu können, die den Erstsemestrigen bei ihrem Start in die akademische Laufbahn zur Seite standen. Anschliessend folgte die berühmte Bücherbörse: auch hier waren wir beeindruckt von den vielen Menschen, die die Ehrenhalle füllten.

Le lendemain nous nous sommes donné rendez-vous à notre annuelle Assemblée Générale. Nous avons élu le nouveau comité, fait une rétrospective des événements passés ainsi qu'une présentation de nos projets futurs. Encore une fois vous avez été nombreuses et nombreux à répondre présent et pour cela, nous vous en remercions.

Auf der Ebene der Universitätspolitik haben wir bei der BLaw/MLaw-Reform einen grossen Schritt nach vorne gemacht. Nach fast zwei Jahren harter Arbeit und der Übergabe der Fackeln zwischen dem alten und dem neuen Vorstand freuen wir uns, euch mitteilen zu können, dass die Reform des Masters of Law angenommen wurde. Das Ziel der Reform ist es, den Masterstudiengang in Fribourg attraktiver zu machen, indem den Studierenden die bestmöglichen Voraussetzungen für ihre zukünftige Karriere als Juristinnen und Juristen geboten werden.

Sur le plan événementiel, ces derniers mois ont tout d'abord été marqués par les collaborations. La première a été celle avec la CESES, la Fachschaft des étudiant-es en sciences économiques et sociales, avec qui nous avons organisé le Bowling/Lasergame. Nous les remercions chaleureusement pour leur aide dans la mise en place d'un tel événement. Par la suite, nous avons organisé notre fameuse soirée karaoké en collaboration avec ELSA Fribourg, où vous nous avez fait voyager au rythme de vos meilleurs classiques.

Notre Grand Débat a eu lieu le 9 novembre et portait sur la thématique suivante : « Restrictions ou Libertés pour la protection du climat ? ». Cela a été un immense succès, nous retirons une grande satisfaction de votre vif intérêt et de voir l'Aula Magna ainsi pleine. Un grand merci à nos six intervenant-es et notre modérateur pour leur professionnalisme et leurs passionnantes idées.

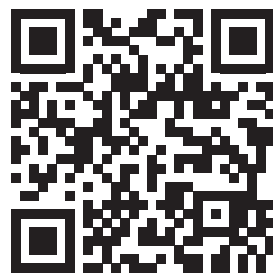
La semaine suivant s'est tenu notre voyage de la Fachschaft, sur deux jours. Nous avons eu l'opportunité de visiter des institutions incontournables du paysage juridique suisse telles que le Tribunal Fédéral, le Palais Fédéral ou encore la délégation de l'Union Européenne en Suisse.

Der intensive, aber erfolgreiche Beginn des neuen akademischen Jahres motiviert uns, weiterzumachen. Die gesamte Organisation dieser Veranstaltungen wäre ohne eure Anteilnahme nicht möglich. Vous participez au maintien à la richesse de notre vie universitaire et nous vous en sommes reconnaissant-es.

Restez attentives et attentifs à nos futurs événements !



QUID?
Fribourg
Law Review



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

