



# QUID?

## Fribourg Law Review

---

### ARTICLES

Das Konzept der Intersektionalität im Schweizerischen Recht

*Daniela Franziska Odermatt*

L'application de la réglementation européenne sur la protection du consommateur en cas d'annulation ou retard d'un vol en Suisse

*Chloé Grange*

Grenzüberschreitend, aber nicht grenzenlos: Der Europäische Haftbefehl im Kontext der polnischen Rechtsstaatskrise

*Sophie Moser*

Questions choisies sur la "cession de créances" de l'art. 131 LP

*Nathan Philémon Matantu*

L'Initiative Citoyenne Européenne : solution du déficit démocratique européen?

*Lucie Venetz*

---

### CAREER SPOTLIGHT

Interview with Prof. Marc Firestone  
Adjunct Professor of Law (Tulane University Law School),  
Co-Founder of the Institute for Inclusion in the Legal Profession



Editors	Robin Beglinger Coralie Dorthe Jean Fiorellino Paula Gadola Judith Gelblat Ange Moka Fodjo Victor Sellier 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 <a href="http://www.unifr.ch/ius/quid">www.unifr.ch/ius/quid</a> <a href="mailto:fribourglawreview@unifr.ch">fribourglawreview@unifr.ch</a>
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Judith Gelblat / Ange Moka Fodjo

## EDITORIAL 4

## ARTICLES

---

Das Konzept der Intersektionalität im Schweizerischen Recht 7  
*Daniela Franziska Odermatt*

L'application de la réglementation européenne sur la protection du consommateur en cas d'annulation ou retard d'un vol en Suisse 12  
*Chloé Grange*

Grenzüberschreitend, aber nicht grenzenlos: Der Europäische Haftbefehl im Kontext der polnischen Rechtsstaatskrise 17  
*Sophie Moser*

Questions choisies sur la "cession de créances" de l'art. 131 LP 21  
*Nathan Philémon Matantu*

L'Initiative Citoyenne Européenne : solution du déficit démocratique européen? 25  
*Lucie Venetz*

## PHD CANDIDATE

---

30

Le territoire de l'Union européenne : entre métaphore et réalité  
*Nadia Signorell*

## CAREER SPOTLIGHT

---

36

Interview with Prof. Marc Firestone  
Adjunct Professor of Law (Tulane University Law School), Co-Founder of the  
Institute for Inclusion in the Legal Profession

## LEADING CASES

---

42

Chères lectrices, chers lecteurs,

C'est avec autant de plaisir que de fierté que nous vous présentons la 17<sup>e</sup> édition de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. Semestre après semestre, années après années, nous avons à cœur de mettre à l'honneur ce concentré de contributions estudiantines, de jurisprudences récentes et d'interviews palpitantes qui, nous l'espérons vivement, sauront continuer de captiver votre attention et susciter votre curiosité. Nous vous souhaitons autant de plaisir à la lecture que nous en avons eu à la préparation de cette édition printanière.

Au cœur de cette 17<sup>e</sup> édition, les thèmes abordés sont aussi multiples que diversifiés, avec néanmoins une tendance pour le droit de l'Union européenne.

L'édition que vous tenez désormais entre vos mains s'ouvre sur un article captivant de DANIELA FRANZISKA ODERMATT. Cette autrice se penche sur l'égalité de traitement à la lumière du concept d'intersectionnalité et de sa reconnaissance aussi bien doctrinale, législative que jurisprudentielle en Suisse. CHLOÉ GRANGE, autrice de la deuxième contribution de cette revue, vous propose une analyse pratique approfondie de la réglementation européenne sur la protection du consommateur en cas d'annulation ou du retard d'un vol ; l'accent y est notamment mis sur sa mise en œuvre en Suisse. Nous sommes convaincus que cette thématique ravira les lecteurs et lectrices globetrotters. A l'appui de situations récentes et d'exemples jurisprudentiels précisément sélectionnés, SOPHIE MOSER expose ensuite de manière systématique dans quelle mesure les doutes émis sur l'indépendance du système judiciaire d'un Etat membre de l'Union européenne peuvent s'opposer à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis par ledit Etat. Vous aurez ensuite le plaisir de découvrir la contribution de NATHAN PHILÉMON MATANTU qui vous soumet l'analyse de quelques questions choisies relevant de la « cession de créances » au sens de l'art. 131 LP. Nous sommes persuadés que les aspects traités permettront non seulement aux lectrices et lecteurs de trouver un

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Mit so viel Freude wie Stolz präsentieren wir Ihnen die 17. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. Semester um Semester und Jahr um Jahr ist es uns ein Anliegen, Ihnen mit studentischen Beiträgen, aktueller Rechtsprechung und spannenden Interviews Denkanstöße zu liefern und Sie auf dem neusten juristischen Stand zu halten. Wir wünschen Ihnen ein ebenso hohes Vergnügen beim Lesen dieser Ausgabe, wie wir es bei deren Vorbereitung hatten.

Im Mittelpunkt dieser 17. Ausgabe steht eine ganze Reihe diverser Themen, wobei - ganz in der Tradition unserer Fakultät - eine leichte Tendenz zum Recht der Europäischen Union zu erkennen ist. Die Ausgabe, die Sie in den Händen halten, beginnt mit dem Beitrag von DANIELA FRANZISKA ODERMATT, welche die Gleichbehandlung im Lichte des Konzepts der Intersektionalität und seiner Anerkennung in der schweizerischen Lehre, Gesetzgebung und Rechtsprechung betrachtet. CHLOÉ GRANGE, Autorin des zweiten Beitrags, bietet eine vertiefte praktische Analyse der EU-Verordnung über den Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern bei Annullierung oder Verspätung von Flügen, wobei ein Schwerpunkt auf die Umsetzung in der Schweiz gelegt wird. Für die Globetrotter unter unseren Leserinnen und Lesern dürfte der Beitrag mehr als nur von wissenschaftlichem Interesse sein. An diese Untersuchung schliesst sich der Beitrag von SOPHIE MOSER an, welche anhand eines aktuellen Beispiels darlegt, inwiefern Zweifel an der Unabhängigkeit des Justizsystems eines EU-Mitgliedstaats der Vollstreckung eines von diesem Staat ausgestellten Europäischen Haftbefehls entgegenstehen können. In einem weiteren Beitrag unterbreitet Ihnen NATHAN PHILÉMON MATANTU eine Analyse ausgewählter Fragen im Zusammenhang mit der Forderungsüberweisung im Sinne von Art. 131 SchKG. Die vom Autor behandelten Aspekte geben nicht nur einen Überblick über die Funktionsweise dieser Institution, sondern auch einen Einblick in einige praktische Schwierigkeiten, welche diese mit

panorama du fonctionnement de cette institution, mais également d'apprécier l'examen de certaines difficultés pratiques parfois rencontrées lors de la mise en œuvre de ce mécanisme. Finalement, LUCIE VENETZ propose un bilan de la mise en œuvre de l'Initiative Citoyenne Européenne en mettant en exergue les enjeux et perspectives d'avenir de « cette solution au déficit démocratique européen », ceci à l'aune du dixième anniversaire de ce mécanisme. Nous remercions vivement les auteurs et les autrices pour leur engagement et leur enrichissante contribution.

Nous vous recommandons également chaudement la lecture de notre rubrique PhD Candidate. NADIA SIGNORELL, doctorante au sein de la Chaire de droit international public et de droit européen de la Professeure Samantha Besson, y analyse le concept de territoire de l'Union européenne. Cette contribution ne manquera pas de susciter votre intérêt notamment par la mise en relief de l'émergence d'une territorialité propre à l'Union européenne, dépassant le simple critère géographique.

Pour cette édition, nous avons également eu l'honneur d'interviewer le Prof. Marc Firestone. Aujourd'hui Professeur adjoint en droit de la concurrence à l'Université de Tulane à la Nouvelle-Orléans, il revient ainsi sur son riche parcours professionnel, de l'avocature au monde des affaires, tant aux États-Unis qu'en Europe. Co-fondateur de l'*Institute for Inclusion in the Legal Profession*, lequel s'attache à promouvoir la diversité et l'inclusion dans les différentes professions juridiques, le Prof. Marc Firestone propose en outre un regard sur l'état de la question et formule quelques suggestions pour rendre ces corps de métier plus représentatifs.

Dans la rubrique *Leading Cases*, vous trouverez comme d'habitude un aperçu de certaines récentes décisions judiciaires. Un grand merci à toute l'équipe de LAWINSIDE pour les résumés d'arrêts toujours intéressants ainsi que pour l'excellente et pérenne collaboration.

sich bringt. Schliesslich präsentiert LUCIE VENETZ anlässlich des zehnten Geburtstags der Europäischen Bürgerinitiative eine Bilanz dieses Mechanismus, indem sie insbesondere die Herausforderungen und Zukunftsperspektiven "dieser Lösung für das europäische Demokratiedefizit" hervorhebt. Wir bedanken uns herzlich bei den Autorinnen und Autoren für ihr Engagement und ihre die Zeitschrift bereichernden Beiträge..

Wärmstens empfehlen wir Ihnen ausserdem die Lektüre unserer Rubrik PhD Candidate. NADIA SIGNORELL, Doktorandin am Lehrstuhl für Völkerrecht und Europarecht von Prof. Samantha Besson, analysiert darin das Konzept des Staatsgebiets der Europäischen Union. Hervorzuheben sind insbesondere die Gedanken der Autorin zur Herausbildung einer eigenen Territorialität der Europäischen Union, die über ein rein geografisches Kriterium hinausgeht.

Für diese Ausgabe hatten wir des Weiteren die Ehre, ein Interview mit Herrn Professor Marc Firestone zu führen. Er ist außerordentlicher Professor für Wettbewerbsrecht an der Tulane University, Louisiana, USA, und blickt auf einen vielseitigen beruflichen Werdegang zurück, der ihn von der anwaltlichen Tätigkeit bis in die Geschäftswelt in den USA und Europa führte. Als Mitgründer des *Institute for Inclusion in the Legal Profession*, das sich der Förderung von Vielfalt und Inklusion in den verschiedenen Rechtsberufen verschrieben hat, beleuchtet Prof. Marc Firestone die juristische Berufswelt zudem aus einer nicht alltäglichen Perspektive und macht einige Vorschläge, wie diese Welt repräsentativer gestaltet werden könnte.

In der Rubrik *Leading Cases* finden Sie wie gewohnt eine Zusammenfassung einiger aktueller Gerichtsentscheidungen. Unser Dank geht an das gesamte Team von LAWINSIDE für die stets lehrreichen Zusammenfassungen sowie Besprechungen von Entscheiden, und vor allem für die ausgezeichnete und beständige Zusammenarbeit.

Unser Dank geht auch an unsere *Faculty Advisors*,

Nos remerciements vont également à nos *Faculty Advisors* : la Professeure Isabelle Chabloz et le Professeur Thomas Probst. Nous les remercions pour leur appui sans faille lors de l'élaboration de cette édition.

Pour finir, nous souhaitons ici remercier la Fachschaft Jus, la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le Droit suisse de la circulation routière, la Fondation Helmuth M. Merlin ainsi que la fondation Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung et tous les autres sponsors pour la confiance témoignée et leur contribution importante et appréciée au succès de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Nous vous souhaitons une bonne lecture et attendons avec impatience vos réactions et impressions sur la 17<sup>e</sup> édition de la QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le Comité éditorial

Frau Professorin Isabelle Chabloz und Herr Professor Thomas Probst. Sie stehen uns stets unterstützend zur Seite und garantieren mit Ihren Kommentaren und Anregungen die hohe wissenschaftliche Qualität unserer Zeitschrift.

Schliesslich bedanken wir uns bei der Fachschaft Jus, der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg, dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, der Stiftung für schweizerisches Strassenverkehrsrecht, der Helmuth M. Merlin Stiftung sowie der Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung und allen weiteren Sponsoren für das entgegengebrachte Vertrauen und ihre wichtigen und geschätzten Beiträge zum Erfolg von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Wir wünschen Ihnen eine anregende Lektüre und freuen uns auf Ihre Rückmeldungen zur 17. Ausgabe von QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

# Das Konzept der Intersektionalität im Schweizerischen Recht

Daniela Franziska Odermatt (BLaw, Universität Freiburg)

La discrimination intersectionnelle est un type de discrimination qui résulte de la combinaison concrète de différents motifs de discrimination. Ces derniers agissent dans un système complexe d'interactions qui crée des inégalités supplémentaires. Cette contribution fait l'état de cette notion dans le paysage juridique suisse. Elle présente notamment sa protection dans la Constitution ainsi que sa récente application par le Tribunal fédéral. Quelques propositions de lege ferenda concluent cette contribution.

## Vorwort

Im vergangenen Jahr 2021 wurde das nationale Frauenstimm- und wahlrecht 50 Jahre jung. Ein grosser Schritt in Richtung Gleichberechtigung, Demokratie und Rechtsstaat wurde vollbracht. Mit dem wachsenden Bewusstsein für diese Ungleichbehandlung werden immer mehr Stimmen laut, die auf weitere Ungerechtigkeiten hinweisen und einen intersektionellen Ansatz, der die Überlagerung bzw. das Zusammenwirken mehrerer Diskriminierungsachsen berücksichtigt, fordern. Dies wird als Anlass genommen, das schweizerische Rechtssystem im Hinblick auf das Konzept der Intersektionalität zu analysieren. Es soll untersucht werden, inwieweit das Bewusstsein für die Überlagerung bzw. das Zusammenwirken mehrerer Diskriminierungsachsen wie z.B. Rassismus, Sexismus oder Ableismus bereits in die schweizerische Rechtswissenschaft und insbesondere in die Rechtsetzung und Rechtsanwendung vorgedrungen ist. Ebenso werden einige Vorschläge *de lege ferenda* gemacht.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dieser Artikel basiert auf einer Seminararbeit zum Ascona-Seminar 2021 und kann bei Interesse bei [daniela.odermatt@unifr.ch](mailto:daniela.odermatt@unifr.ch) bezogen werden. Anmerkungen, weitere Hinweise und Kritik werden auch gerne unter vorgenannter E-Mail-Adresse entgegengenommen.

## I. Das Konzept der Intersektionalität

### A. Formen der Diskriminierung

Der Begriff der Diskriminierung kann wie folgt umschrieben werden: «eine qualifiziert ungerechtfertigte Ungleich- oder Gleichbehandlung in einer im Wesentlichen gleichen resp. ungleichen Situation».<sup>2</sup>

Zunächst können die direkte und die indirekte Diskriminierung unterschieden werden. Die direkte Diskriminierung umfasst Rechtshandlungen, die direkt an ein verpöntes Diskriminierungsmerkmal anknüpfen, eine indirekte Diskriminierung liegt hingegen vor, wenn eine Rechtshandlung nicht an einem verpönten Merkmal anknüpft, sich diese aber in ihren tatsächlichen Wirkungen vor allem auf eine bestimmte Gruppe auswirkt.<sup>3</sup>

Bei der additiven bzw. kumulativen Diskriminierung kommen die unterschiedlichen Diskriminierungsgründe einzeln zum Tragen, die Auswirkungen der Diskriminierungen werden aber akkumuliert.<sup>4</sup> Im Unterschied dazu liegt die

<sup>2</sup> R. J. SCHWEIZER, Art. 8 BV, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 49; A. PREVITALI/M. MONTAVON, L'interdiction des discriminations, in: O. Diggelman/M. Hertig Randall/B. Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse, Band II, Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1453 ff., N 12; BGE 129 I 217, E. 2.1, m.w.H.

<sup>3</sup> E. M. BELSER/B. WALDMANN, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Kap. 7 N 31; B. WALDMANN, Art. 8 BV, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 62 f.; J. DUBEY, Droits fondamentaux, Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018, N 3261 f.; J. P. MÜLLER/M. SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 693, 695; E. KLEBER, La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel. 2015, S. 156; G. BIAGGINI, Art. 8 BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N 20; PREVITALI/MONTAVON (Fn. 2), N 15 f.

<sup>4</sup> T. NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 106/2010, S. 233 ff., S. 235; KLEBER (Fn. 3), S. 1, 34 ff.; SGK BV-SCHWEIZER (Fn. 2), Art. 8 N 52.

sich verstärkende Diskriminierung vor, wenn sich mehrere verpönte Merkmale gegenseitig in ihrer Tragweite und Schwere verstärken.<sup>5</sup> Von intersektioneller Diskriminierung wird gesprochen, wenn sich aufgrund der konkreten Kombination der verpönten Diskriminierungsmerkmale neue, einzigartige Positionen ergeben.<sup>6</sup> Im Gegensatz zur additiven Diskriminierung können die Auswirkungen gerade nicht kumuliert werden, denn die verschiedenen Faktoren wirken in einem komplexen System von Wechselwirkungen, welche zusätzliche Ungleichheiten entstehen lassen.<sup>7</sup>

## B. Intersektionalität

Mit dem Konzept der Intersektionalität (*intersectionality*) wird jenes Zusammenwirken von Diskriminierungen wie Sexismus, Rassismus, Klassismus, Homophobie, Transphobie, Heterosexismus, Xenophobie, Ableismus etc. erfasst, welches sich überschneidet und dadurch eine einzigartige Form von Diskriminierung und entsprechenden Auswirkungen entsteht.<sup>8</sup> Der Begriff, der im Jahr 1989 zum ersten Mal im Aufsatz «*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*» von K. WILLIAMS CRENSHAW verwendet worden ist, wurde von derselben geprägt.<sup>9</sup>

CRENSHAW bedient sich bei der Erklärung dieses Konzepts einer Analogie von Strassen und

deren Überkreuzungen.<sup>10</sup> Die Strasse stellt eine Diskriminierung anlässlich eines einzigen Grundes dar, folglich wird klassischerweise davon ausgegangen, dass man «nur» aufgrund dieses einen Grundes diskriminiert wird. Nun gibt es jedoch Sachverhalte, in denen sich mehrere Strassen der Diskriminierung kreuzen, so dass genau in dieser Überkreuzung (*intersection*) die Diskriminierung entsteht. In dieser Kreuzung ergibt sich eine einzigartige Diskriminierung, die durch das Zusammenwirken von mehreren Diskriminierungsachsen entstanden ist.<sup>11</sup>

Dieser Kreuzungspunkt bildet gleichzeitig auch einen blinden Fleck, der verhindert, dass man die Diskriminierung als ein Zusammenwirken mehrerer Strassen erkennt. Herkömmlicherweise werden die Strassen der Diskriminierungen nur einzeln betrachtet und somit gehen die Erfahrungen der Kreuzungen, der *intersections*, unter.<sup>12</sup>

Der Fall *DeGraffenreid v. General Motors*<sup>13</sup>, welcher im Jahr 1976 durch den US-Supreme Court entschieden wurde, ist sehr bedeutend für das Verständnis der Intersektionalität. Es klagten einige Schwarze Frauen gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin, da sie entlassen wurden. Die Klägerinnen führten vor Gericht eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowie zugleich eine Diskriminierung aufgrund der Rasse/*race*<sup>14</sup> an.

Das höchste amerikanische Gericht entschied, dass in diesem Fall kein Diskriminierungstatbestand (weder desjenigen des Geschlechts noch der Rasse/*race*) erfüllt sei, da sowohl Schwarze Personen als auch weibliche Personen bei General Motors angestellt seien. Was der US-Supreme Court jedoch verkannte, war die Tatsache, dass die Schwarzen Personen ausschliesslich Männer waren, welche vor allem in der Produktion arbeiteten. Ebenso verkannte das Gericht,

<sup>5</sup> NAGUIB (Fn. 4), S. 236, welcher folgendes Beispiel dazu auführt: «Eine junge Frau mit Behinderung tritt eine Arbeitsstelle als wissenschaftliche Mitarbeiterin an. Erst nach einer gewissen Zeit erfährt sie, dass ihre Arbeitskolleginnen ohne Behinderung trotz gleicher Qualifikation mehr Lohn erhalten. Letztere wiederum erhalten weniger Lohn als ihre gleich qualifizierten Arbeitskollegen. Die Lohndiskriminierung erweist sich damit als simultane Verdoppelung der Diskriminierung, die gleichzeitig sowohl auf das Geschlecht als auch auf die Behinderung der Betroffenen zurückzuführen ist».

<sup>6</sup> SGK BV-SCHWEIZER (Fn. 2), Art. 8 N 52; A. BÜCHLER/M. COTTIER, Legal Gender Studies, Rechtliche Geschlechterstudien, Eine kommentierte Quellensammlung, Zürich/St. Gallen 2012, S. 284; KLEBER (Fn. 3), S. 1, 32 ff.; als Beispiel der intersektionellen Diskriminierung kann z.B. eine lesbische Frau in einem Rollstuhl genannt werden. Im nächstfolgenden Kapitel wird das Thema der Intersektionalität am Beispiel von Women of Colour dargelegt.

<sup>7</sup> NAGUIB (Fn. 4), S. 234, 236; Kleber (Fn. 3), S. 1.

<sup>8</sup> CIJ, What is intersectionality, <https://www.intersectionaljustice.org/what-is-intersectionality> (besucht am 1.11.2021); K. SCHLIKER, Das Feminismus-Buch, München 2020, S. 243.

<sup>9</sup> SCHLIKER (Fn. 8), S. 191, 243.

<sup>10</sup> BÜCHLER/COTTIER (Fn. 6), S. 285.

<sup>11</sup> SCHLIKER (Fn. 8), S. 243.

<sup>12</sup> BÜCHLER/COTTIER (Fn. 6), S. 285.

<sup>13</sup> *DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., ETC.*, 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976); zum Begriff «Schwarz»: Hierbei übernehme ich eine Selbstbezeichnung, welche im deutschsprachigen Raum zurzeit verwendet wird, vgl. E. ROIG, *Why we matter, Das Ende der Unterdrückung*, 3. Aufl., Berlin 2021, S. 14.

<sup>14</sup> Aufgrund der Konnotation des Wortes «Rasse» verwende ich zusätzlich noch den englischen Begriff «*race*», welcher im europäischen Kontext weniger stark konnotiert ist.

dass die weiblichen Angestellten ausschliesslich weisse Frauen waren, welche überwiegend als Sekretärinnen beschäftigt wurden. Schwarze Frauen wurden somit intersektionell diskriminiert, ohne dass dies jedoch bemerkt wurde, da die Diskriminierungsachsen (Geschlecht, Rasse/race) nur einzeln, aber nicht im Zusammenwirken betrachtet wurden.

Das Problem lag somit nicht an ihrem Schwarzsein oder an ihrem Frausein, sondern es bestand darin, dass die Klägerinnen Schwarze Frauen waren.

## II. Intersektionalität in der Schweiz

### A. Schweizerische Rechtswissenschaft

Um den Stand in der schweizerischen Rechtswissenschaft abbilden zu können, wurden Kommentare, Lehrbücher sowie Aufsätze nach dem Konzept der intersektionellen Diskriminierung durchsucht.

Der Kommentar (2017) von BIAGGINI sowie der Basler Kommentar zur Bundesverfassung (2015) erwähnen das Konzept der Intersektionalität nicht.<sup>15</sup> Im St. Galler Kommentar (2014) kommt die Möglichkeit der Mehrfachdiskriminierung zur Sprache.<sup>16</sup>

Im Lehrbuch «Schweizerisches Verfassungsrecht» (2016) von RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX wird das Konzept der Mehrfachdiskriminierung nicht behandelt.<sup>17</sup> Im Lehrbuch von BELSER/WALDMANN werden der Mehrfachdiskriminierung einige Sätze gewidmet.<sup>18</sup> Auch DUBEY äussert sich zur «*interdiction des discriminations multiples*».<sup>19</sup> Vereinzelt kommt das Thema der Mehrfachdiskriminierung in Aufsätzen auf.<sup>20</sup> KLEBER schrieb zur «*discrimination multiple*» in der Schweiz bereits eine Dissertation.<sup>21</sup> Vor allem im Bereich der *Legal Gender Studies*, die sich auf die soziologischen Umstände (mit besonderem Fokus auf das Geschlecht), welche auf die

<sup>15</sup> BIAGGINI (Fn. 3), Art. 8 N 1 ff.; BSK BV-WALDMANN (Fn. 3), Art. 8 N 1 ff.

<sup>16</sup> SGK BV-SCHWEIZER (Fn. 2), Art. 8 N 52, wonach die additive bzw. kumulative sowie die intersektionelle Diskriminierung unter die Mehrfachdiskriminierung subsumiert wird.

<sup>17</sup> R. RHINOW/M. SCHEFER/P. UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 1885 ff.

<sup>18</sup> BELSER/WALDMANN (Fn. 3), Kap. 7 N 24.

<sup>19</sup> DUBEY (Fn. 3), N 3268.

<sup>20</sup> Vgl. PREVITALI/MONTAVON (Fn. 2), N 1 ff.; NAGUIB (Fn. 4), S. 233 ff.

<sup>21</sup> KLEBER (Fn. 3), S. 1 ff.

konkrete Rechtsgestaltung einwirken, fokussieren, findet das Konzept der Intersektionalität einen grossen Anklang.<sup>22</sup>

### B. Schweizerische Rechtsetzung

In Art. 8 Abs. 2 BV befindet sich das allgemeine Diskriminierungsverbot mit einer nicht abschliessenden Aufzählung verpönter Merkmale. Eine ausdrückliche Nennung der Mehrfachdiskriminierung lässt sich nicht finden, ebenso in keiner Kantonsverfassung. Da es sich aber beim Katalog der Merkmale nicht um eine abschliessende Liste handelt, ist eine «*interprétation évolutive*»<sup>23</sup> zulässig. Dadurch können sich sowohl neue Merkmale verfestigen als auch Kombinationen der bereits normierten Merkmale möglich sein.<sup>24</sup>

In den Gesetzen auf nationaler Ebene wird bis anhin die Möglichkeit der mehrfachen Diskriminierung nur ein einziges Mal angesprochen, nämlich in Art. 5 Abs. 1 BehiG<sup>25</sup>.

### C. Schweizerische Rechtsanwendung

Im Urteil 1D\_6/2018 vom 3. Mai 2019 wurde das Konzept der Intersektionalität erstmals durch das Bundesgericht angewendet. Es wurde eine besondere Benachteiligung, aber nur in der Konstellation «alleinerziehende Frau» (also einerseits das Merkmal des Geschlechts und andererseits das der Erziehungskonstellation), festgestellt, welche sich nach Bundesgericht aber auf eine qualifizierte

<sup>22</sup> M. BIGLER-EGGENBERGER/R. KÄGI-DIENER, Art. 8 BV, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 91; BÜCHLER/COTTIER (Fn. 6), S. 13, 17.

<sup>23</sup> KLEBER (Fn. 3), S. 160; i.d.S. PREVITALI/MONTAVON (Fn. 2), N 24.

<sup>24</sup> Wortlaut «namentlich» in Art. 8 Abs. 2 BV; KLEBER (Fn. 3), S. 160, 178; i.d.S. D. SCHIEK/J. MULDER, Intersektionelle Diskriminierung und EU-Recht – Eine kritische Reflexion, in: S. Philipp et al. (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis, Baden-Baden 2014, S. 43 ff., S. 59; NAGUIB (Fn. 4), S. 241 f.

<sup>25</sup> Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002 (Stand am 1. Juli 2020); Art. 5 Abs. 1 BehiG: «Bund und Kantone ergreifen Massnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen; sie tragen dabei den besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung».

Rechtfertigung stützen konnte.<sup>26</sup> Bei der Klägerin handelte es sich um eine alleinerziehende Mutter eines behinderten Sohnes, welche Sozialhilfe bezog und sich gegen eine abgelehnte Einbürgerung wehren wollte.<sup>27</sup> Somit wurden weitere verpönte Merkmale wie die soziale Stellung, die Behinderung ihres Sohnes und ihre Eigenschaft als Ausländerin nicht berücksichtigt.

In früheren Entscheiden des Bundesgerichts wurde die intersektionelle Diskriminierung nicht ausdrücklich genannt, teils aber implizit aufgenommen.<sup>28</sup> So legte das Bundesgericht in BGE 132 I 167 dar, dass die Beschwerdeführerin nicht wegen «der aus dem Koran abgeleiteten Bekleidungs Vorschriften spezifisch als Frau diskriminiert»<sup>29</sup> worden sei, was das intersektionelle Zusammenwirken der Merkmale des Geschlechts und der Religion betreffen würde.

### III. Vorschläge de lege ferenda

Es sollen gewisse Ideen skizziert werden, welche das schweizerische Recht intersektioneller ausgestalten würden.

Art. 8 Abs. 2 BV könnte um einen weiteren Satz ergänzt werden, der das Verbot der intersektionellen Diskriminierung explizit verankert.<sup>30</sup>

Die Schaffung eines allgemeinen Antidiskriminierungsgesetz mit einem weiten Geltungsbereich, welches die Mehrfachdiskriminierung explizit nennt, würden den Betroffenen weitere durchsetzbare Rechte verleihen. Damit würde man auch einer Hierarchisierung der unterschiedlichen Diskriminierungen entgegenwirken. Einige Stimmen der Lehre betonen die Wichtigkeit der gleichzeitigen Bekämpfung der verschiedenen Diskriminierungen.<sup>31</sup> Es muss ausserdem die Gefahr bei der Betonung dieser (fiktiven) Gruppen bzw. Kategorien im Antidiskriminierungsrecht, welche teils auch als Dilemma der Differenz bezeichnet wird, erwähnt sein.<sup>32</sup> Denn durch die Anknüpfung des Antidiskriminierungsrechts an diese bestimmten Merkmale werden diese indirekt wieder verfestigt.

<sup>26</sup> BGer, Urteil vom 3.5.2019, 1D\_6/2018, E. 7.1.

<sup>27</sup> VGer BE, Urteil vom 24.4.2018, 100 2016 59, E. 4.

<sup>28</sup> Vgl. KLEBER (Fn. 3), S. 179 ff.

<sup>29</sup> BGE 132 I 167, E. 4.3.

<sup>30</sup> Vgl. KLEBER (Fn. 3), S. 544.

<sup>31</sup> SCHIEK/MULDER (Fn. 24), S. 60; ROIG (Fn. 13), S. 16.

<sup>32</sup> KLEBER (Fn. 3), S. 358.

Ebenso bedarf es Anpassungen im formellen Recht, u.a. solche, die den Beweisschwierigkeiten bei Diskriminierungen Rechnung tragen.<sup>33</sup> Eine Möglichkeit wäre die Vermutung der Diskriminierung oder auch die Reduktion des Beweisgrades, so dass bspw. bereits die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung genügen würde. Eine Einschränkung von Art. 8 ZGB durch die Vermutung rechtfertigt sich m.E., da es um gewichtige öffentliche Interessen wie die tatsächliche Gleichstellung aller Menschen sowie die diskriminierungsfreie Ausgestaltung einer Gesellschaft geht.<sup>34</sup> Aber auch die Vereinheitlichung bezüglich der Verfahren wäre wünschenswert, so finden sich schon heutzutage gewisse Beweiserleichterungen in Art. 6 GLG<sup>35</sup>, nicht aber z.B. im BehiG.

### Fazit

Das Konzept der Intersektionalität findet nach und nach seinen Eingang in die schweizerische Rechtswissenschaft. Ein intersektioneller Ansatz im geltenden Recht lässt sich in Art. 5 Abs. 1 BehiG finden. Aber schon auf Verfassungsebene ist eine Rechtsgrundlage für die Unzulässigkeit der intersektionellen Diskriminierung in Art. 8 Abs. 2 BV verankert. Die Schwierigkeit bleibt derweil bestehen, wenn die Intersektionalität nicht erkannt wird bzw. nicht erkannt werden will. So findet diese Diskriminierungsform nicht viel Beachtung vor den Gerichten, weswegen sich auch kaum Urteile zur Intersektionalität finden lassen. Es ist also möglich, von einer gewissen «Ignoranz des Rechtes gegenüber intersektioneller Diskriminierung»<sup>36</sup> zu sprechen.

Es bleibt die Hoffnung, dass dieses Konzept mit der Zeit wahrgenommen und auch angewendet wird, sei dies in der Politik, in den Rechtsschriften der

<sup>33</sup> Vgl. BGE 129 I 217, E. 2.2.3; NAGUIB (Fn. 4), S. 239.

<sup>34</sup> KLEBER (Fn. 3), S. 171 nennt als weitere Rechtfertigungsgründe die Effektivität und die Effizienz des Schutzes vor Diskriminierung sowie auch die Konzentration der Beweismittel auf der Seite des Beklagten.

<sup>35</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG) vom 24. März 1995 (Stand am 1. Juli 2020); Art. 6 GLG: «Bezüglich der Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung wird eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird».

<sup>36</sup> Mit den Worten von SCHIEK/MULDER (Fn. 24), S. 47.

Anwält:innen, vor Gericht oder auch in der Lehre.

Die Bildung eines Bewusstseins für die intersektionellen Dimensionen ist von grosser Bedeutung, sei dies im rechtlichen, aber auch im gesellschaftlichen Kontext. Wie es auch beim (nationalen) Frauenstimm- und -wahlrecht mehrere Anläufe brauchte, braucht es ebenso bei der Intersektionalität Geduld, Kraft und den Mut einzelner Menschen, ihre Ideen in der Realität zu verwirklichen.



**B** BOREL & BARBEY  
AVOCATS 1907

# JOIN THE TEAM

Information about our summer internship and our traineeship as a trainee lawyer in preparation of the Geneva bar exam on [www.borel-barbey.ch](http://www.borel-barbey.ch)

# L'application de la réglementation européenne sur la protection du consommateur en cas d'annulation ou retard d'un vol en Suisse

Chloé Grange (BLaw student, Université de Fribourg)

In diesem Beitrag werden zunächst die wichtigen Begriffe der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 wiederholt, nämlich Annullierung, Verspätung und Entschädigung. Dabei wird ersichtlich, dass - auch wenn diese Begriffe klar erscheinen - es oft schwierig ist, sie eindeutig auseinanderzuhalten. Anschliessend wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen Fluggesellschaften sich ihrer Verpflichtung zur Entschädigung von Fluggästen entziehen können. Zweitens wird die Anwendung der Verordnung in der Schweiz untersucht. Zwar wurden bisher nur wenige Fälle vor Gericht gebracht, jedoch haben sich mehrere Autoren zur Anwendung dieser europäischen Verordnung in der Schweiz geäußert.

## Introduction

Le droit du transport aérien européen est une branche de droit privé régissant les droits et obligations des différentes parties à un contrat de transport aérien, soit le passager\* et le transporteur<sup>1</sup>. Ce droit est composé de nombreux règlements et conventions internationales, mais nous aborderons principalement le Règlement (CE) n° 261/2004<sup>2</sup>. Ce dernier vise l'unification des règles en matière de refus d'embarquement, de retard et d'annulation de vol, mais au vu de l'ampleur de l'article, nous nous concentrerons uniquement sur le retard et l'annulation. Ce règlement est à la hauteur des attentes des praticiens du droit européen de la consommation concernant le niveau de protection des passagers mais il a été

immédiatement critiqué par les compagnies aériennes, notamment pour sa possible incompatibilité avec la Convention de Montréal<sup>3</sup>.

Cette contribution analysera dans un premier temps les notions d'annulation et de retard (infra I), ensuite le principe et l'exception de l'indemnisation (infra II), et finalement l'application du Règlement en Suisse (infra III).

## I. L'annulation et le retard

L'art. 2 lit. 1 du Règlement établit la définition suivante du mot « annulation » : la non-exécution d'un « vol qui était prévu initialement et sur lequel au moins une place était réservée ». En effet, cette définition très proche de celle du langage courant ne semble pas avoir besoin de quelconque éclaircissement. Néanmoins, d'autres situations peuvent s'apparenter à une annulation. C'est par exemple le cas d'un avion qui a décollé, mais a été contraint de retourner à son point de départ<sup>4</sup>.

Bien que le Règlement n'énonce pas de définition du « retard », il s'agit du retard au départ (art. 6 par. 1 Règlement)<sup>5</sup>. C'est-à-dire, lorsqu'un avion décolle postérieurement à l'heure prévue. Cependant, la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : la Cour) a également statué, dans l'arrêt *Sturgeon*, sur un retard à l'arrivée à la lumière du Règlement 261/2004<sup>6</sup>.

Il convient de préciser que, même si les notions d'annulation et de retard semblent claires, la distinction n'est pas toujours aisée à établir. Afin d'illustrer notre

\* Les termes désignant des personnes s'appliquent également aux femmes et aux hommes.

<sup>1</sup> F. SCHUBERT, *Le droit aérien*, Genève/Zurich 2017, p. 1 s.

<sup>2</sup> Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Règlement (CE) no 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91 (ci-après : Règlement).

<sup>3</sup> J. PRASSL, *Reforming Air Passenger Rights in the European Union*, *Air and Space Law* 39/2014, p. 59 ss.

<sup>4</sup> Communication relative au Règlement 261/2004, pt. 3.2.3 ; R. BIEBER/F. MAIANI, *Droit européen des transports*, 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 336.

<sup>5</sup> CJCE, arrêt du 19.11.2009, *Sturgeon et Böck/Lepuschitz*, aff. jointes C-402/07 et C-432/07, (ci-après : *Sturgeon* (CJCE, arrêt du 19.11.2009)), pts 29 ss ; L. TRAN, *Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes*, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2013, N 871.

<sup>6</sup> *Sturgeon* (CJCE, arrêt du 19.11.2009) (n. 5), pt. 61 ; TRAN (n. 5), N 871.

propos, prenons la situation d'un avion qui devait partir le 11 mars à 13h00 et qui décolle finalement le 12 mars à 10h00. Il s'agit ici d'un retard de plus de 5 heures qui, de surcroît, oblige les passagers à passer une nuit à l'aéroport. Conformément à l'article 6 par. 1 pts ii) et iii) du Règlement, les consommateurs ont alternativement droit à un hébergement à l'hôtel accompagné du transport jusqu'à celui-ci ou du remboursement de leur billet ainsi qu'un vol retour vers l'aéroport de départ initial si leur plan de voyage est devenu caduc en raison du retard important de l'avion. À noter qu'il s'agit en principe d'une annulation si le numéro de vol de l'avion décollant le 12 mars à 10h00 est différent de celui qui devait partir le 11 mars à 13h00, néanmoins ce n'est qu'un indice qu'il faut analyser au cas par cas<sup>7</sup>. En effet, les compagnies aériennes (notamment Air France et Condor dans l'affaire *Sturgeon*) auraient préféré pouvoir reporter le vol retardé sur l'horaire du prochain vol prévu pour la même destination<sup>8</sup>. De cette manière, elles n'auraient pas eu besoin d'indemniser les passagers (*infra* II)<sup>9</sup>.

Afin de pallier ce moyen de contourner le Règlement 261/2004, la Cour de justice de l'Union européenne a arrêté, dans l'affaire *Sturgeon*, que les consommateurs subissant un retard d'au moins 3 heures, à la lumière du principe de l'égalité de traitement, doivent être assimilés à ceux faisant face à une annulation car leur

désagrément est fort similaire<sup>10</sup>. TRAN souligne en sus que la « situation dans laquelle se trouve un passager, dont le vol est annulé, et qui est réacheminé, est en tout point identique à celle dans laquelle se trouve un passager dont le vol est retardé »<sup>11</sup>.

## II. L'indemnisation

### A. Le principe

Le retard ne peut en principe pas faire l'objet d'une indemnisation puisque le Règlement ne le prévoit pas<sup>12</sup>. Toutefois, nous venons d'exposer qu'il est possible que le retard et l'annulation se confondent. Les consommateurs dont le vol a été retardé d'au moins 3 heures peuvent donc se faire indemniser au même titre que s'il avait été annulé<sup>13</sup>. La Cour a par ailleurs confirmé sa position dans les affaires *Folkerts* et *Nelson*<sup>14</sup>.

L'indemnisation se concrétise par un paiement en espèces, un virement bancaire, un chèque ou un bon à voyage qui peut être remplacé ou assorti d'un autre service (art. 7 par. 3 Règlement). Il convient de préciser que le passager n'a pas la faculté de choisir la manière dont il perçoit l'indemnisation, à l'exception du bon à voyage qu'il doit préalablement accepter<sup>15</sup>.

L'indemnisation par le biais d'un bon à voyage est privilégiée par les compagnies aériennes dans la mesure où elle ne représente pas une dépense effective ; de plus, il arrive que le passager ne fasse finalement pas usage de ce bon<sup>16</sup>. Le Règlement n'explicite aucune condition relative au bon à voyage mais la doctrine en déduit, à raison, que sa valeur doit être au moins

<sup>7</sup> Commission européenne, Communication de la Commission concernant les orientations interprétatives relatives au règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 15 juin 2016 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et au règlement (CE) n° 2027/97 du Conseil relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accident, tel que modifié par le règlement (CE) n° 889/2002 du Parlement européen et du Conseil, < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0615\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016XC0615(01)&from=FR) >, (consulté le 7.4.2022), pt. 3.2.3 ; Cour d'appel de Paris, arrêt du 3.7.2008, S.A. LOOK VOYAGES et SOCIÉTÉ CORSAIR c. Mme Cécile A., M. Daniel C et SAS EXPÉDIA FRANCE, arrêt n°06/22704, p. 4 ; CJCE, Conclusions de l'Avocate générale Eleanor Sharpston du 2.7.2009, aff. jointes C-402/07 et C-432/07, pts. 72 s.

<sup>8</sup> *Sturgeon* (CJCE, arrêt du 19.11.2009) (n. 5) ; K. ARNOLD, Application of Regulation (EC) No 261/2004 on Denied Boarding, Cancellation and Long Delay of Flights, *Air and Space Law* 32/2007, p. 93 ss.

<sup>9</sup> ARNOLD (n. 8) ; C. VAN DAM, Air Passenger Rights after *Sturgeon*, *Air and Space Law* 36/2011, p. 259 ss.

<sup>10</sup> *Sturgeon* (CJCE, arrêt du 19.11.2009) (n. 5), pt. 60.

<sup>11</sup> TRAN (n. 5), N 867.

<sup>12</sup> J. BALFOUR, Airline Liability for Delays : The Court of Justice of the EU Rewrites EC Regulation 261/2004, *Air and Space Law* 35/2010, p. 71 ss ; VAN DAM (n. 9), p. 261.

<sup>13</sup> *Sturgeon* (CJCE, arrêt du 19.11.2009) (n. 5), pt. 54 ; BALFOUR (n. 12), p. 72 ; TRAN (n. 5), N 870.

<sup>14</sup> CJUE, Conclusions de l'Avocat général Yves Bot du 15.5.2012, aff. jointes C-581/10 et C-629/10, pt. 39 ; CJUE, arrêt du 26.2.2013, *Folkerts*, C-11/11, pt. 47 ; CJUE, arrêt du 23.10.2012, *Nelson*, C-629/10, pt. 40.

<sup>15</sup> K. SCHAER, L'indemnisation des passagers aériens sous l'angle du Règlement européen 261/2004, travail de master 2017, p. 26 s., in : < [https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB\\_1C-26D6E0C0DB.P001/REF](https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_1C-26D6E0C0DB.P001/REF) > (consulté le 14.3.2022).

<sup>16</sup> *Idem*, p. 27.

égale au montant prévu pour l'indemnisation<sup>17</sup>. De manière générale, le transporteur effectif qui propose le bon à voyage à titre d'indemnisation le grève d'un délai de validité, d'une obligation d'utilisation pour un vol de la compagnie aérienne elle-même, ou encore d'une perte du solde non utilisé si le nouveau billet est acquis à un prix inférieur à la valeur du bon<sup>18</sup>. Il est aussi possible que le transporteur effectif propose un autre service qui peut notamment se traduire par un crédit de *miles*, c'est-à-dire des points qui représentent une somme d'argent qu'il est possible d'utiliser auprès de la compagnie aérienne, afin d'acheter un billet ou un surclassement par exemple<sup>19</sup>. Bien que le consommateur préfère généralement un virement bancaire, la crise de Covid-19 a permis de relever que les compagnies aériennes ne disposent pas de réserves suffisantes pour favoriser ce type d'indemnisation<sup>20</sup>.

## B. L'exception

Deux moyens permettent au transporteur aérien de se soustraire à l'obligation d'indemnisation : la notification préalable de l'annulation et la survenance de circonstances extraordinaires.

En effet, le Règlement prévoit à son art. 5 par. 1 lit. c que l'indemnisation n'est pas due si le transporteur effectif informe les passagers de l'annulation du vol avant l'heure de départ prévue pour autant que ce soit :

Au minimum 2 semaines avant l'heure de départ initialement prévue (pt. i) ;

Entre 2 semaines et 7 jours, si un réacheminement partant au maximum 2 heures avant l'heure de départ prévue et arrivant à la destination finale moins de 4 heures après l'heure d'arrivée prévue est offert (pt. ii) ; ou

Moins de 7 jours si un réacheminement partant au maximum 1 heure avant l'heure de départ prévue et arrivant à la destination finale moins de 2 heures après l'heure d'arrivée prévue (pt. iii).

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> S. FASSIAUX, El difícil equilibrio entre la crisis del sector aéreo y los derechos de los pasajeros en la era de la COVID-19, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 68, p. 185 ss, p. 201.

Le terme « circonstances extraordinaires » est une notion juridiquement indéterminée qui a entraîné de nombreuses questions préjudicielles de la part des États membres à la Cour<sup>21</sup>. En effet, le quatorzième considérant du Règlement mentionne les instabilités politiques, les conditions météorologiques, les risques liés à la sécurité ou encore les grèves, mais ces événements ne sont pas obligatoirement synonymes de circonstances extraordinaires. Ainsi, la Cour les a définies comme un événement qui n'est pas inhérent à l'exercice normal de l'activité du transporteur aérien concerné et échappe à la maîtrise effective de celui-ci du fait de sa nature ou de son origine, ces deux conditions étant cumulatives<sup>22</sup>. À titre d'exemple nous pouvons mentionner l'éruption d'un volcan ou la collision de l'avion avec un corps étranger<sup>23</sup>. Concernant les grèves, elles ne peuvent être assimilées à des circonstances extraordinaires que si la compagnie aérienne n'a réellement aucun contrôle sur elles, c'est-à-dire que la seule autorité capable de satisfaire à leurs revendications est le pouvoir public<sup>24</sup>.

Les transporteurs aériens se prévalent passablement de cette notion pour contourner leur obligation d'indemnisation puisque le passager n'est généralement pas en mesure de constater de lui-même si les circonstances en question sont bel et bien extraordinaires<sup>25</sup>. Force est de constater que l'exonération due à de telles circonstances ne vaut que pour l'indemnisation des passagers, partant, les autres obligations du transporteur (notamment le remboursement ou le réacheminement) doivent être respectées<sup>26</sup>.

## III. L'application en Suisse

Considérant que la Suisse n'est pas un État membre de l'Union Européenne, il a fallu qu'elle intègre à son ordre juridique le Règlement 261/2004 par le biais de l'Accord sur le transport aérien<sup>27</sup>. Le Tribunal

<sup>21</sup> ARNOLD (n. 8), p. 106 ; I. DIEDERIKS-VERSCHOOR/P. MENDES DE LEON, *An introduction to Air Law*, 9<sup>e</sup> éd., Alphen-sur-le-Rhin 2012, p. 246.

<sup>22</sup> CJUE, arrêt du 11.5.2017, *Krijgsman*, C-301/16, pt. 29 ; *Sturgeon* (CJCE, arrêt du 19.11.2009) (n. 5), pt. 70.

<sup>23</sup> CJUE, arrêt du 4.4.2019, *Germanwings GmbH*, C-501/17, pts. 24 et 34 ; CJUE, arrêt du 4.5.2017, *Peška*, C315/15, pt. 24.

<sup>24</sup> CJUE, arrêt du 23.3.2021, *Airhelp Ltd*, C-28/20, pts. 44 s.

<sup>25</sup> SCHAER (n. 15), p. 36.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>27</sup> Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien,

fédéral n'a pas encore eu l'occasion de rendre un arrêt basé sur ce Règlement, ce qui laisse ouvertes les questions d'interprétation<sup>28</sup>. Le juge suisse devrait pouvoir interpréter les dispositions en s'appuyant sur la doctrine nationale puisque l'interprétation du droit de l'Union mis en œuvre de manière autonome par la Confédération n'est soumise à aucune prescription de droit international<sup>29</sup>. En droit helvétique, le droit du mandat s'applique par analogie au transport de passagers, ce qui est en contradiction avec les attentes du consommateur puisqu'il s'attend à ce que le transporteur aérien l'emmène à la destination prévue et non qu'il satisfasse simplement à son devoir de diligence<sup>30</sup>. Comme les dispositions suisses relatives au contrat de mandat sont dispositives, le régime du Règlement est applicable si la situation rentre dans le champ d'application<sup>31</sup>. Ainsi, la majorité des cas d'inexécution du contrat relève du Règlement et non du CO, ce qui oblige notamment le juge helvétique à s'écarter de sa conception de la responsabilité puisque dans le cadre des transports aérien, la faute n'est pas nécessaire<sup>32</sup>. En Suisse, les obligations sont séparées en deux types: celles de résultat et celles de moyen. Dès lors qu'aucun ne répondait réellement aux exigences du transport aérien, un nouveau type d'obligations a vu le jour, les obligations de solution<sup>33</sup>. Elles se concrétisent en l'obligation pour le transporteur aérien de réacheminer le passager, de l'héberger ou de le rembourser<sup>34</sup>.

Le Règlement établit qu'il est applicable à tous les vols au départ ou à l'arrivée du territoire de l'Union (dont

l'une des destinations peut donc être sur le territoire d'un pays tiers) (art. 3 par. 1 Règlement). Néanmoins, la Suisse ne s'est engagée qu'envers l'Union – par les Bilatérales I – à créer un ciel commun<sup>35</sup>. De plus, les vols reliant la Confédération à des États qui ne sont pas membres de l'UE sont déjà protégés par la Convention de Montréal. Par conséquent, du point de vue helvétique, il convient de restreindre l'application du Règlement aux transports aériens effectués entre la Suisse et l'Union<sup>36</sup>.

Quant aux jurisprudences européennes, leur application par les tribunaux suisses n'est pas une obligation<sup>37</sup>. En effet, les Bilatérales I stipulent que la Confédération n'est pas liée par la jurisprudence de la Cour rendue postérieurement à l'intégration de la législation européenne en Suisse<sup>38</sup>. Malgré cela, le but de l'Accord sur le transport aérien est d'uniformiser ce domaine du droit<sup>39</sup>. Partant, certains auteurs pensent que les arrêts européens, notamment la jurisprudence *Sturgeon*, devraient être applicables en Suisse même si, à l'heure actuelle, certains tribunaux cantonaux pensent le contraire<sup>40</sup>.

## Conclusion

Sachant que le Règlement est critiqué par les praticiens européens depuis son entrée en vigueur, les discussions relatives à une réforme ont débuté en 2013. Un des objectifs de la réforme est de codifier la jurisprudence, notamment l'affaire *Sturgeon*, afin que sa validité ne soit plus remise en question. En effet, certains tribunaux des États membres refusent de se conformer à la vision de la Cour<sup>41</sup>.

RS 0.748.127.192.68, (cité : Accord sur le transport aérien) ; B. CHEYNEL, Vols au départ ou à destination d'un État membre de l'Union avec escale en Suisse, PJA 6/2019, p. 622 ; S. MARCHAND, La protection du consommateur de voyages aériens selon le règlement (CE) 261/2004, in : B. Stauder (édit.), Droit de la consommation, Genève/Zurich/Bâle 2006, p. 264 ss, p. 270 ; TRAN (n. 5), N 171.

<sup>28</sup> F. WERRO (ET AL.), Un reflet de la jurisprudence européenne, in : A. Epiney/L. Hehemann (édit.), Annuaire suisse de droit européen 2017/2018, Berne 2018, p. 285 s.

<sup>29</sup> T. PROBST, Die Rechte des Flugzeugpassagiers – oder – « Wenn einer im verspäteten Flugzeug sitzt, dann kann er was erleben... », in : S. Emmenegger (ET AL.) (édit.), Brücken bauen – Festschrift für Thomas Koller, Berne 2018, p. 763 ss.

<sup>30</sup> MARCHAND (n. 27), p. 268.

<sup>31</sup> TRAN (n. 5), N 864.

<sup>32</sup> SCHAER (n. 16), p. 43; TRAN (n. 5), N 864.

<sup>33</sup> MARCHAND (n. 27), p. 295.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Conseil fédéral suisse, Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681, <https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2002/243>, consulté le 7.4.2022 (cité : Bilatérales I). R. DETTLING-OTT, Das bilaterale Luftverkehrsabkommen der Schweiz und der EG, in : D. Thürer (ET AL.) (édit.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU – Handbuch, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 551 ss, N 157.

<sup>36</sup> DETTLING-OTT (n. 35), N 157.

<sup>37</sup> SCHAER (n. 16), p. 41.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> PROBST (n. 29), p. 793.

<sup>40</sup> Tribunal de Bülach, arrêt du 2.2.2016, FV150044-C/U, in : RRa 6/2016, p. 302 ss ; CHEYNEL (n. 27), p. 622 ; PROBST (n. 29), p. 793.

<sup>41</sup> PRASSL (n. 3), p. 75 s. ; O. BOKAREVA, Air Passengers' Rights

En Suisse, le Règlement a fait naître un nouveau type d'obligation : les obligations de solution. Elles consacrent un compromis entre les obligations de résultat et celles de moyen<sup>42</sup>. Par ailleurs, force est de constater que rares sont les consommateurs qui ont porté leur droit à être indemnisé devant un tribunal, c'est pourquoi la doctrine n'est pas unanime quant à la manière d'approcher les revendications des passagers, notamment par rapport à l'application de la jurisprudence européennes.

---

in the EU : International Uniformity versus Regional Harmonization, *Air and Space Law* 41/2016, p. 12 ; U. STEPLER/M. MUENNIG, No Compensation for Long Delay in Spite of Sturgeon : Will This New Jurisprudence Prevail ?, *Air and Space Law* 36/2011, p. 339 ; VAN DAM (n. 9), p. 262.

<sup>42</sup> MARCHAND (n. 27), p. 295.

# Grenzüberschreitend, aber nicht grenzenlos: Der Europäische Haftbefehl im Kontext der polnischen Rechtsstaatskrise

Sophie Moser (MLaw student, Universität Freiburg)

La présente contribution examine dans quelle mesure des doutes sur l'indépendance du système judiciaire de l'État membre d'émission – et par conséquent le risque de violation du droit à un procès équitable selon l'art. 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – peuvent s'opposer à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen issu par la Pologne. Après un bref aperçu de la crise de l'État de droit en Pologne, il s'agit d'analyser les motifs de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen. Une analyse critique de la jurisprudence pertinente de la CJUE constitue la conclusion de cette contribution.

## Einleitung

Der fortschreitende Rückgang der Rechtsstaatlichkeit in Polen stellt das Instrument des Europäischen Haftbefehls (EHB) – und folglich auch die vollstreckenden Mitgliedstaaten – vor grosse Herausforderungen. In der Tat hat sich der EuGH in zwei jüngeren Urteilen<sup>1</sup> mit dem Verhältnis zwischen dem Mechanismus des Europäischen Haftbefehls und dem von der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) garantierten Recht auf ein faires Verfahren befasst, insbesondere in Bezug auf die Unabhängigkeit der Gerichte des Ausstellungstaates Polen. Der vorliegende Beitrag untersucht, inwiefern Zweifel an der Unabhängigkeit der Justiz des ausstellenden Mitgliedstaates – und damit die Gefahr der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 47 Abs. 2 GRC – der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls entgegenstehen können.

## I. Rechtsstaatskrise in Polen: Ein kurzer Überblick

Die EU beruht auf einem gemeinsamen Wertefundament, welches durch Art. 2 EUV zum Ausdruck gebracht wird.<sup>2</sup> Neben der Menschenwürde,

Freiheit, Demokratie und Gleichheit ist die Rechtsstaatlichkeit ein zentrales Element dieser Wertegemeinschaft. Somit ist es nicht überraschend, dass die Lage in Polen seit geraumer Zeit im Fokus Brüssels steht.

Die polnische Rechtsstaatskrise hat ihren Ursprung im Herbst 2015, als die nationalkonservative Regierungspartei PiS<sup>3</sup> die vom früheren Parlament gewählten Richter am Verfassungsgericht nicht akzeptierte und durch parteifreundliche Amtskollegen ersetzte.<sup>4</sup> Obwohl diese Vorgänge vom polnischen Verfassungsgericht für ungültig erklärt wurden, weigerte sich der polnische Präsident, Andrzej Duda, die Rechtskraft des Urteils anzuerkennen und vereidigte die neuen Richter.<sup>5</sup> Seither gilt die Besetzung des Verfassungsgerichts als umstritten.<sup>6</sup> Darauf verschärfte der polnische Gesetzgeber im Dezember 2015 die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen, um an das Verfassungsgericht zu gelangen.<sup>7</sup> Seitdem wurden in Polen über 30 Gesetze erlassen, welche die Organisation des Verfassungsgerichts, des Landesjustizrates, des Obersten Gerichts, der ordentlichen sowie der Verwaltungsgerichte und der Staatsanwaltschaft betreffen.<sup>8</sup>

Brüssel blieb angesichts des stetigen Rückgangs

EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Aufl., München 2022, N 3.

<sup>3</sup> Prawo i Sprawiedliwość (Recht und Gerechtigkeit).

<sup>4</sup> A. EPPLER, Die «Rechtsstaatskrise» der EU: Verderben zu viele Köche den Brei?, ZfP 63 (2016), S. 406 ff., S. 418.

<sup>5</sup> EPPLER (Fn. 4), S. 418.

<sup>6</sup> M. OESCH, Das Rechtsstaatlichkeitsverfahren der EU gegen Polen – Bestandaufnahme und Zwischenfazit, EuZ 18 (2016), S. 130 ff., S. 135.

<sup>7</sup> Europäische Kommission, Orientierungsaussprache des Kollegiums über die jüngsten Entwicklungen in Polen und den Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips: Fragen und Antworten, Factsheet, 13.1.2016, in: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO\\_16\\_62](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_16_62)> (besucht am 3.2.2022).

<sup>8</sup> Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 30. September 2020, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020, Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Polen, SWD (2020) 320 endg., S. 2.

<sup>1</sup> EuGH (GK), Urteil vom 17.12.2020, *L und P*, C-354/20 PPU; EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, *LM*, C-216/18 PPU.

<sup>2</sup> C. CALLIESS, Art. 2 EUV, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.),

der Rechtsstaatlichkeit in Polen nicht untätig. Die Europäische Kommission hat bereits mehrere Vertragsverletzungsverfahren gemäss Art. 258 AEUV gegen Polen eingeleitet.<sup>9</sup> Der EuGH hat unter anderem entschieden, dass die Disziplinar massnahmen, welche durch die Disziplinarkammer des polnischen Verfassungsgerichts gegen Richter und Richterinnen verhängt werden können, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sind.<sup>10</sup>

## II. Europäischer Haftbefehl

### A. Der Europäische Haftbefehl als sekundärrechtliche Konkretisierung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung

Der Europäische Haftbefehl ist im Rahmenbeschluss 2002/584/JI (RB) geregelt.<sup>11</sup> Dieser stellt sekundärrechtlich die erste Konkretisierung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung dar, nach welchem ein Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat bestehenden Vorschriften oder rechtmässig ergangenen Entscheidungen als rechtmässig anerkennen muss.<sup>12</sup>

Der EHB ist als grenzüberschreitender Mechanismus konzipiert, welcher die Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person zur Strafverfolgung oder Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder Massnahme bezweckt.<sup>13</sup> Konkret ersucht demnach der Ausstellungstaat einen anderen Mitgliedstaat, den sog. vollstreckenden Staat, anhand eines EHB um Festnahme und Übergabe der betroffenen Person zu Zwecken der Strafverfolgung oder Vollstreckung strafrechtlicher Sanktionen.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Als Überblick siehe ebd.

<sup>10</sup> EuGH (GK), Urteil vom 15.7.2021, *Kommission/Polen*, C-791/19, Ziff. 235.

<sup>11</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (2002/584/JI).

<sup>12</sup> Vgl. Erwägungsgrund 6 RB; A. EPINEY, Allgemeine Prinzipien des Binnenmarkts und Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, in: R. Bieber et al. (Hrsg.), *Die Europäische Union, Europarecht und Politik*, 14. Aufl., Baden-Baden 2021, §10 N 2.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 RB; D. FLORE, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2. Aufl., Brüssel 2014, N 964.

<sup>14</sup> FLORE (Fn. 13), N 964.

### B. Obligatorische und fakultative Vollstreckungsverweigerungsgründe im Rahmenbeschluss

Die Mitgliedstaaten haben grundsätzlich die Pflicht, jeden Europäischen Haftbefehl nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und gemäss den Bestimmungen des Rahmenbeschlusses zu vollstrecken.<sup>15</sup> Diese allgemeine Pflicht zur Vollstreckung wird jedoch durch obligatorische und fakultative Verweigerungsgründe eingeschränkt.

Liegt ein zwingender Verweigerungsgrund gemäss Art. 3 RB vor, so muss die vollstreckende Justizbehörde die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls verweigern. Drei Fallkonstellationen führen gemäss Art. 3 RB zu dieser Situation: Die infrage stehende Straftat fällt im vollstreckenden Mitgliedstaat unter eine Amnestie (Ziff. 1), die Wahrung des Grundsatzes *ne bis in idem* (Ziff. 2) und die mangelnde Strafmündigkeit nach dem Strafrecht des vollstreckenden Mitgliedstaats (Ziff. 3).

Liegt hingegen ein fakultativer Verweigerungsgrund gemäss Art. 4 RB vor und wurde dieser in das nationale Recht umgesetzt, so kann die vollstreckende Justizbehörde die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ablehnen. Dies ist z.B. beim Eintreten der Verjährung der Strafverfolgung oder -vollstreckung der Fall (Ziff. 4).

### C. Grundrechtliche Vollstreckungsverweigerung in der Rechtsprechung des EuGH

Der Rahmenbeschluss berührt gemäss Art. 1 Abs. 3 RB nicht die Pflicht, die Grundrechte (d.h. insbesondere diejenigen der GRC) und die allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 6 EUV (z.B. den Verhältnismässigkeitsgrundsatz) zu achten.<sup>16</sup> Obwohl die Vollstreckungsverweigerungsgründe in den Art. 3 f. RB laut EuGH abschliessend aufgezählt werden,<sup>17</sup> stellt sich die Frage, ob eine Verweigerung aus grundrechtlichen Erwägungen gestützt auf Art. 1 Abs. 3 RB dennoch möglich ist, auch wenn kein expliziter Grundrechtsvorbehalt im

<sup>15</sup> Art. 1 Abs. 2 RB.

<sup>16</sup> Siehe auch in diesem Sinne die Erwägungsgründe 12 und 13 des RB.

<sup>17</sup> Siehe z.B. EuGH (GK), Urteil vom 5.4.2016, *Aranyosi Caldararu*, C-404/15 und C-659/15 PPU, Ziff. 80 und EuGH (GK), Urteil vom 6.10.2009, *Wolzenburg*, C-123/08, Ziff., 57.

Rahmenbeschluss statuiert wird.<sup>18</sup> Diese Problematik wird gar als «Schicksalsfrage des Systems des Europäischen Haftbefehls» bezeichnet.<sup>19</sup> In der Tat würde ein solcher (indirekt erwähnter) Grundrechts- bzw. *Ordre public*-Vorbehalt den Mitgliedstaaten ermöglichen, in heiklen Ausnahmefällen die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls zu überprüfen. Diese Möglichkeit wäre ein Gegengewicht zur automatischen Anerkennung und dem (fast) blinden Vertrauen unter den Mitgliedstaaten, welches durch den europäischen Gesetzgeber vorgegeben wird.<sup>20</sup> Ein Ansatz für eine Antwort auf diese Frage findet sich in der Rechtsprechung des EuGH.

### 1. Das Urteil *Aranyosi Caldararu*

In seiner älteren Rechtsprechung vertrat der EuGH die Ansicht, dass der vollstreckende Mitgliedstaat die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls nur in den in Art. 3 f. RB erwähnten Fallkonstellationen verweigern dürfe.<sup>21</sup> Dies änderte sich 2016 mit dem Urteil *Aranyosi Caldararu*.<sup>22</sup> In diesem Fall hat der EuGH erstmals grundlegende Vollstreckungsverweigerungsgründe basierend auf Art. 1 Abs. 3 RB zugelassen, welche ausserhalb der abschliessend aufgezählten Bestimmungen in Art. 3 f. RB liegen.<sup>23</sup> Dazu muss der vollstreckende Mitgliedstaat jedoch zuerst eine zweistufige Prüfung unternehmen (dazu sogleich).

### 2. Die Urteile *LM* und *L und P*

Der EuGH hatte in *LM*<sup>24</sup> und *L und P*<sup>25</sup> die Gelegenheit, die Voraussetzungen einer Vollstreckungsverweigerung eines EHB aufgrund

von Zweifeln an der Unabhängigkeit der Justiz im Ausstellungsstaat Polen zu prüfen. In beiden Fällen wollten die vorlegenden Gerichte wissen, ob die Feststellung systemischer und allgemeiner Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsstaates, und damit einer echten Gefahr der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 47 Abs. 2 GRC, an sich genügt, um die Vollstreckung des EHB zu verweigern.<sup>26</sup>

Art. 47 Abs. 2 GRC verleiht jeder Person das Recht, dass ihre Sache von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht verhandelt wird. Die vorlegenden Gerichte beriefen sich auf mehrere Ereignisse in Polen, aufgrund welcher sie insbesondere die Unabhängigkeit der Justiz verneinten. Sie stützten sich dabei unter anderem auf die beiden Vertragsverletzungsklagen der Kommission gegen Polen von 2019 und 2020, das Urteil des Obersten Gerichts vom 5. Dezember 2019, welches dem Landesjustizrat die Unabhängigkeit abspricht, und die politisch motivierten Disziplinar massnahmen, welche gegen polnische Richter verhängt werden können.<sup>27</sup>

Im Ergebnis hält der EuGH an der im Fall *Aranyosi Caldararu* angewendeten zweistufigen Prüfung fest. In einem ersten Schritt muss die vollstreckende Justizbehörde prüfen, ob es objektive, zuverlässige und aktuelle Anhaltspunkte für systemische und allgemeine Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsmitgliedstaats gibt, die eine echte Gefahr der Verletzung von Art. 47 Abs. 2 GRC darstellen können.<sup>28</sup> Zweitens muss der vollstreckende Mitgliedstaat untersuchen, inwieweit sich diese Mängel gegen die betroffene Person im Verfahren auswirken können – dies insb. bezüglich der persönlichen Situation des Betroffenen, der begangenen Straftat und des dem EHB zugrundeliegenden Sachverhalts.<sup>29</sup>

Insbesondere auf den zweiten Prüfungsschritt, welcher die Berücksichtigung der persönlichen Situation

<sup>18</sup> V. MURSCHEZ, *Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, Kontinentaleuropäische und anglo-amerikanische materielle Prinzipien des Auslieferungsrechts im Vergleich zum Europäischen Haftbefehl und dessen Umsetzung in Österreich*, Wien/New York 2007, S. 347.

<sup>19</sup> C. BURCHARD, *Auslieferung (Europäischer Haftbefehl)*, in: M. Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, EnzEur Bd. 11, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, §14, N 73.

<sup>20</sup> BURCHARD (Fn. 19), N 73.

<sup>21</sup> Siehe Fn. 17; für weitere Beispiele siehe auch EuGH (GK), Urteil vom 26.2.2013, *Melloni*, C-399/11, Ziff. 52 ff.; EuGH (GK), Urteil vom 29.1.2013, *Radu*, C-396/11, Ziff. 36.

<sup>22</sup> EuGH (GK), Urteil vom 5.4.2016, *Aranyosi Caldararu*, C-404/15 und C-659/15 PPU.

<sup>23</sup> Ebd., Ziff. 88 ff.

<sup>24</sup> EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, *LM*, C-216/18 PPU.

<sup>25</sup> EuGH (GK), Urteil vom 17.12.2020, *L und P*, C-354/20 PPU.

<sup>26</sup> Ebd., Ziff. 18; EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, *LM*, C-216/18 PPU, Ziff. 25.

<sup>27</sup> EuGH (GK), Urteil vom 17.12.2020, *L und P*, C-354/20 PPU, Ziff. 14 f.; EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, *LM*, C-216/18 PPU, Ziff. 21.

<sup>28</sup> EuGH (GK), Urteil vom 17.12.2020, *L und P*, C-354/20 PPU, Ziff. 54.

<sup>29</sup> Ebd., Ziff. 55.

des Betroffenen verlangt, kann nicht verzichtet werden.<sup>30</sup> Der Gerichtshof erinnert an die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung, welche die Grundsteine des Instrumentes EHB bilden.<sup>31</sup> Die Verweigerung der Vollstreckung des EHB stellt somit weiterhin eine eng auszulegende Ausnahme dar, welche nur unter besonderen Umständen ausserhalb der abschliessend aufgezählten Gründe in Art. 3 f. RB zulässig ist – und zwar gestützt auf Art. 1 Abs. 3 RB.<sup>32</sup>

### Schlussfolgerung

Der vom EuGH gewählte Weg erscheint auf den ersten Blick nachvollziehbar. Es ist wünschenswert, dass der Gerichtshof grundlegende Vollstreckungsverweigerungsgründe auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 3 RB zulässt. Somit führt die mehr oder weniger blinde Achtung der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des Vertrauens – zumindest in der Theorie – nicht zu einer Verletzung der Grundrechte der betroffenen Person.

Problematisch ist jedoch, dass der zweite Prüfungsschritt – d.h. das Erfordernis einer konkreten Gefahr für den Betroffenen – unter Umständen nur schwer prüfbar ist. Die vollstreckende Justizbehörde wird zum Zeitpunkt des Entscheids der Vollstreckung des EHB wohl kaum in der Lage sein, das weitere Verfahren im Ausstellungsstaat voranzusehen.<sup>33</sup> Falls die vollstreckende Justizbehörde der Ansicht ist, dass ihr bei der Entscheidung über die Auslieferung des Betroffenen Informationen fehlen, kann sie – gestützt auf Art. 15 Abs. 2 und 3 RB – durchaus den Ausstellungsstaat um Übermittlung zusätzlicher Informationen bitten. Dieser wird jedoch kaum der Vollstreckung des EHB widersprechende Aussagen liefern, da der Ausstellungsstaat sonst gewissermassen zugeben müsste, dass im Fall der Übergabe eine konkrete Gefahr der Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren für die betroffene Person besteht.<sup>34</sup>

Eine solche Selbstkritik des Ausstellungsstaates am eigenen Justizsystem erscheint eher unwahrscheinlich.

Es ist demnach zu hoffen, dass der EuGH die Messlatte bei der Beurteilung des zweiten Prüfungsschrittes nicht zu hoch ansetzt, um weiterhin einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Interessant zu beobachten wird auch sein, ob der Gerichtshof möglicherweise in Zukunft auf den zweiten Prüfungsschritt verzichten wird, falls sich die Lage in Polen weiterhin derart verschlechtert, dass systemische und allgemeine Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsstaates an sich ausreichen mögen, um die Vollstreckung des EHB zu verweigern. Dies wird im Fall Polens spätestens dann geschehen, wenn der Europäische Rat gestützt auf Art. 7 Abs. 2 EUV eine schwerwiegende Verletzung der in Art. 2 EUV genannten Werte feststellt – und die Anwendung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl gegenüber Polen ausgesetzt wird.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, LM, C-216/18 PPU, Ziff. 72.

<sup>30</sup> Ebd., Ziff. 55, 69; EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, LM, C-216/18 PPU, Ziff. 61, 68.

<sup>31</sup> EuGH (GK), Urteil vom 25.7.2018, LM, C-216/18 PPU, Ziff. 35 f.

<sup>32</sup> Ebd., Ziff. 37.

<sup>33</sup> M. PAYANDEH, *Europarecht: Europäischer Haftbefehl und Grundrecht auf ein faires Verfahren*, JuS 2018, S. 919 ff., S. 921.

<sup>34</sup> P. BÁRD/W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial Independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, NJECL 9 (2018), S. 353 ff., S. 361.

## Questions choisies sur la « cession de créances » de l'art. 131 LP

Nathan Philémon Matantu (MLaw student, Université de Fribourg)

NATHAN PHILÉMON MATANTU befasst sich mit der Abtretung zum Nennwert an Zahlungs statt (Art. 131 Abs. 1 SchKG) und der Überlassung zur Eintreibung (Art. 131 Abs. 2 SchKG). Trotz des scheinbar klaren Wortlauts wirft Art. 131 SchKG zahlreiche Fragen auf. Der Fokus des Beitrags liegt auf mehreren umstrittenen Punkten – vom Objekt der Forderungsüberweisung zur Geltendmachung der Einreden bis auf die Koordination zwischen den Gläubigern. Der Autor kommt zum Schluss, dass die Forderungsüberweisungen nach Art. 131 Abs. 1 SchKG und nach Art. 131 Abs. 2 SchKG zwar zwei nützliche Verwertungsmöglichkeiten darstellen, sie aber eine sorgfältige Würdigung aller Umstände voraussetzen.

### Introduction

L'art. 131 LP consacre deux modes de réalisation de la poursuite par voie de saisie que sont la dation en paiement (al. 1) et la remise à l'encaissement (al. 2). Contrairement à ce que sa lecture laisse présager, l'art. 131 LP soulève de nombreuses questions. Sans prétendre à l'exhaustivité, le présent article en traite plusieurs. Après avoir défini son champ d'application (*infra* I) et énuméré les conditions communes (*infra* II), il sera question des conséquences de la dation en paiement (*infra* III) et des particularités de la remise à l'encaissement (*infra* IV).

### I. Champ d'application de l'art. 131 LP

Qualifiée de mode de réalisation extraordinaire – la réalisation aux enchères publiques (art. 125 LP) étant le mode de réalisation ordinaire<sup>1</sup> –, la « cession de créances » de l'art. 131 LP peut s'avérer utile dans certaines circonstances. Pour comprendre lesquelles, il est nécessaire de s'intéresser au sort usuellement réservé à une créance saisie. Après sa saisie, l'office des poursuites avertit le tiers-débiteur qu'il doit

désormais s'en acquitter auprès de lui (art. 99 LP). Lorsque le tiers-débiteur aura honoré sa dette, l'office encaissera le montant (art. 100 LP) et le consignera (art. 9 LP). Ces liquidités serviront ensuite à désintéresser les poursuivants (art. 144 LP).

Ainsi, si la créance est échue et que le tiers-débiteur paie, une réalisation de la créance n'est plus nécessaire. En d'autres termes, la cession de créances ne concerne que des créances non échues ou litigieuses, en ce sens que le tiers-débiteur ne veut ou ne peut pas s'en acquitter<sup>2</sup>. Ces éléments influençant négativement la valeur de ces créances, leur vente aux enchères publiques se solderait souvent par un résultat insatisfaisant, c'est-à-dire en deçà de sa valeur nominale<sup>3</sup>. Dans un tel cas, la cession de créances offre une alternative intéressante. Le raisonnement ci-dessus démontre que la distinction entre le mode de réalisation ordinaire et les modes de réalisation extraordinaire n'est pas la plus pertinente en l'espèce. L'application de l'art. 131 LP dépend plutôt de la qualité de la créance. Tandis que les créances échues seront payées auprès de l'office, les créances non échues ou litigieuses seront cédées car leur vente aux enchères se révélerait infructueuse.

### II. Les conditions communes aux deux types de cession de créances

La dation en paiement (art. 131 al. 1 LP) et la remise à l'encaissement (art. 131 al. 2 LP) ont plusieurs conditions communes.

La première exigence est l'existence d'une créance non cotée. Il peut s'agir d'une créance pécuniaire, même incorporée dans une action non cotée, une obligation ou un chèque<sup>4</sup>. La cession d'autres créances telles que les assurances-vie sur la tête du poursuivi au profit de sa famille (art. 86 LCA et art. 19 ss OSAss) ou

<sup>1</sup> ATF 120 III 131, c. 1, JdT 1997 II 67.

<sup>2</sup> W. A. STOFFEL/I. CHABLOZ, Voies d'exécution – Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2016, §5 N 29.

<sup>3</sup> *Idem*, §5 N 190.

<sup>4</sup> J. KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/Genève/Bâle 2018, N 904.

les parts de communauté (art. 13 s. OPC) obéissent à des règles spéciales. Quant aux crypto-monnaies, elles ne peuvent pas être cédées en application de l'art. 131 LP<sup>5</sup>. En effet, le poursuivi est propriétaire d'un actif immatériel dans le système distribué qu'est la *blockchain*<sup>6</sup>. Il n'a donc pas de créance envers un intermédiaire financier.

En revanche, concernant les créances portant sur des prestations non pécuniaires, la jurisprudence a tantôt admis<sup>7</sup>, tantôt nié<sup>8</sup> leur caractère cessible. À notre sens, ces arrêts fluctuants du Tribunal fédéral indiquent qu'une troisième voie plus nuancée existe. Le Tribunal fédéral n'a pas admis la cessibilité des créances en livraison ou en restitution d'un bien tangible de façon générale. Il l'a fait lorsque les biens tangibles ne pouvaient pas directement faire l'objet d'une saisie, notamment parce qu'ils se trouvaient à l'étranger<sup>9</sup> ou parce que le droit public s'y opposait<sup>10</sup>.

La deuxième exigence est que les poursuivants demandent unanimement la cession. Cependant, la loi n'indique pas le cercle des poursuivants dont la voix doit être comptabilisée et la doctrine est divisée sur la question. À l'instar de la doctrine majoritaire, nous considérons que tous les poursuivants ayant requis la saisie, y compris les membres d'une série subséquente (art. 110 al. 2 LP, cf. é.g. art. 111 et 117 LP)<sup>11</sup> et les participants provisoires à une série (art. 83 al. 1 et art. 281 al. 1 LP)<sup>12</sup>, doivent se prononcer. Puisque la cession est susceptible de favoriser les cessionnaires, toutes les personnes concernées par ladite cession

doivent pouvoir se prononcer. Dans le même ordre d'idées, si la créance à céder garantit une autre obligation du poursuivi, le consentement du créancier gagiste est nécessaire<sup>13</sup>.

La loi ne prévoit pas de délai pour demander la cession. Nous suggérons toutefois d'appliquer par analogie le délai d'attribution de dix jours (art. 122 al. 1 LP), ce qui permet d'éviter la mise en route d'un autre mode de réalisation<sup>14</sup>. Dans le même but, il serait bienvenu que l'office interpelle systématiquement les poursuivants et leur demande s'ils souhaitent obtenir une cession avant de procéder à la réalisation de la créance<sup>15</sup>.

La troisième exigence est que les parties fournissent l'avance de frais (art. 68 al. 1 LP). Pour la dation en paiement, l'émolument varie entre CHF 5.- et CHF 500.- (art. 35 al. 1 *cum* art. 19 al. 1 OELP). L'avance de frais pour la remise à l'encaissement s'élève à CHF 20.- (art. 35 al. 2 OELP). Chaque poursuivant qui demande une dation ou paiement ou une remise à l'encaissement doit verser ces montants<sup>16</sup>.

### III. Les conséquences de la dation en paiement

#### A. Sur le rapport entre le tiers-débiteur et les créanciers poursuivants

Cette cession administrative – qui n'est pas une cession légale car contrairement à l'art. 72 al. 1 LPGA ou à l'art. 560 al. 2 CC, le concours des poursuivants est nécessaire (*supra* II) – a les mêmes effets qu'une cession de créance en droit privé. Les art. 167 ss CO s'y appliquent donc<sup>17</sup>. La créance, avec tous ses accessoires, quitte le patrimoine du poursuivi pour entrer dans celui du cessionnaire<sup>18</sup>. La créance que ce dernier avait envers le poursuivi s'éteint en capital, intérêts et frais<sup>19</sup>. La poursuite à l'encontre du poursuivi prend fin à concurrence de la créance cédée<sup>20</sup>.

L'application des art. 167 ss CO inclut également

<sup>5</sup> S. GOBAT, Les monnaies virtuelles à l'épreuve de la LP – Questions choisies à l'exemple du bitcoin, PJA 8/2016 p. 1103.

<sup>6</sup> S. NAKAMOTO, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 31.10.2008, in: <<http://satoshinakamoto.me/bitcoin.pdf>> (consulté le 10.4.2022).

<sup>7</sup> ATF 102 III 94, c. 5, JdT 1977 II 130.

<sup>8</sup> ATF 60 III 229, c. 3 s., JdT 1935 II 59.

<sup>9</sup> ATF 102 III 94, c. 4a, JdT 1977 II 130.

<sup>10</sup> ATF 41 III 195, c. 1 p. 197 s., JdT 1915 II 121.

<sup>11</sup> K. AMONN/F. WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9<sup>e</sup> éd., Berne 2013, §27 N 46; KREN KOSTKIEWICZ (n. 4), p. 905; STOFFEL/CHABLOZ (n. 2), §15 N 189; d'un avis contraire: J. ROTH, art. 131 LP, in: D. Staehelin/T. Bauer/F. Lorandi (édit.), Basler Kommentar – Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I – Art. 1–158 SchKG, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2021, N 17.

<sup>12</sup> S. BETTSCHART, art. 131 LP, in: L. Dallèves/B. Foëx/N. Jeanandin (édit.), Commentaire romand – Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 275 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Bâle 2005, N 9.

<sup>13</sup> KREN KOSTKIEWICZ (n. 4), N 905.

<sup>14</sup> *Idem*, N 892.

<sup>15</sup> BSK SchKG I-ROTH (n. 11), art. 131 N 11.

<sup>16</sup> BSK SchKG I-*Idem*, art. 131 N 83.

<sup>17</sup> P.-R. GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, N 1260.

<sup>18</sup> BSK SchKG I-ROTH (n. 11), art. 131 N 29.

<sup>19</sup> STOFFEL/CHABLOZ (n. 2), §5 N 188.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

la capacité pour le tiers-débiteur de faire valoir des exceptions. Cependant, le changement de créancier complique la situation. Il est acquis que le tiers-débiteur peut faire valoir les exceptions dont il dispose à l'encontre du poursuivi (p.ex. : la compensation), de même que celles découlant de la créance (p.ex. : la prescription) (art. 169 CO). Quant aux exceptions personnelles, une distinction en fonction du nombre de cessionnaires s'impose. Alors qu'il est admis que l'on puisse opposer des exceptions personnelles à un cessionnaire unique, la possibilité de le faire face à plusieurs cessionnaires est débattue. Avec une partie de la doctrine, nous estimons que les exceptions personnelles sont admissibles uniquement si elles sont simultanément opposables à l'ensemble des cessionnaires<sup>21</sup>. En effet, un tiers-débiteur disposant d'une exception contre un cessionnaire doit pouvoir s'en prévaloir. Cependant, la situation serait impraticable si le tiers-débiteur voulait s'opposer à un seul cessionnaire alors que la créance a été cédée à plusieurs. La solution du « tout ou rien » est donc la plus praticable.

## B. Sur le rapport entre les créanciers poursuivants

Le cercle des poursuivants pouvant bénéficier de la dation en paiement fait également l'objet d'une controverse. Alors que les uns estiment que les cessionnaires doivent en profiter en priorité<sup>22</sup>, les autres pensent que les cessionnaires agissent dans l'intérêt commun et que, par conséquent, le produit doit être réparti équitablement entre tous les poursuivants (cessionnaires et non-cessionnaires)<sup>23</sup>. La première opinion convainc. Les cessionnaires ont pris le risque d'accepter une créance incertaine (*supra* I) à titre de paiement. En d'autres termes, la créance cédée est entrée dans leur patrimoine en remplacement de celle envers le poursuivi (*supra* II/A). Partant, rien ne justifie que les non-cessionnaires profitent du recouvrement d'une créance se trouvant dans le patrimoine d'autrui. En revanche, comme aucun poursuivant ne doit s'enrichir dans la poursuite<sup>24</sup>, un éventuel surplus sera remis à l'office pour être partagé

entre les non-cessionnaires.

## IV. Les particularités de la remise à l'encaissement

### A. Condition de l'autorisation de l'office

Contrairement à l'art. 131 al. 1 LP, l'art. 131 al. 2 LP exige explicitement l'autorisation de l'office. Cette condition supplémentaire s'expliquerait par le fait que l'office confierait un mandat de recouvrement aux créanciers attributaires<sup>25</sup>. À notre sens, parler de mandat induit en erreur car l'office n'a pas de pouvoir d'appréciation pour choisir le mandataire<sup>26</sup>. Si et aussi longtemps que les conditions légales sont remplies, il ne peut pas s'opposer à la remise à l'encaissement<sup>27</sup>.

### B. Les effets de la remise à l'encaissement

Contrairement à ce que le titre marginal de l'art. 131 LP indique, la remise à l'encaissement n'est pas une cession de créances<sup>28</sup>. Les attributaires se voient octroyer le droit d'intenter ou de poursuivre une procédure contre le tiers-débiteur ainsi que celui de transiger avec lui<sup>29</sup>. En d'autres termes, ils peuvent agir en leur nom et à leur compte, mais font valoir les droits du poursuivi (*Prozessstandschaft*)<sup>30</sup>. Le droit matériel n'étant aucunement impacté par la remise à l'encaissement, le tiers-débiteur peut donc opposer les exceptions dont il dispose à l'encontre du poursuivi ainsi que celles qui découlent de la créance<sup>31</sup>. Pour les mêmes motifs, il ne peut pas soulever celle qu'il a envers les attributaires car ces derniers ne sont pas ses créanciers<sup>32</sup>.

Une fois le processus de règlement du différend achevé, les attributaires sont désintéressés en priorité (capital, intérêts et frais) et le surplus est remis à l'office qui le partage entre les autres poursuivants (art. 131 al. 2 LP). En revanche, si la procédure se révèle infructueuse, seuls les attributaires doivent en

<sup>21</sup> AMONN/WALTHER (n. 11), §27 N 52 ; CR LP-BETTSCHART (n. 12), art. 131 N 18 ; BSK SchKG I-ROTH (n. 11), art. 131 N 37.

<sup>22</sup> KREN KOSTKIEWICZ (n. 4), N 908 ; BSK SchKG I-ROTH (n. 11), art. 131 N 63.

<sup>23</sup> AMONN/WALTHER (n. 11), §27 N 53 ; CR LP-BETTSCHART (n. 12), art. 131 N 17.

<sup>24</sup> AMONN/WALTHER (n. 11), §26 N 18 ss.

<sup>25</sup> ATF 72 III 116, c. 1, SJ 1947 I 235 ; TF, arrêt du 6.8.2009, 4A\_215/2009, c. 3.2.

<sup>26</sup> GILLIÉRON (n. 17), N 1262.

<sup>27</sup> AMONN/WALTHER (n. 11), §27 N 46.

<sup>28</sup> TF, arrêt du 6.8.2009, 4A\_215/2009, c. 3.2.

<sup>29</sup> CR LP-BETTSCHART (n. 12), art. 131 N 10 ; GILLIÉRON (n. 17), N 1262.

<sup>30</sup> BSK SchKG I-ROTH (n. 11), art. 131 N 52.

<sup>31</sup> AMONN/WALTHER (n. 11), §27 N 60.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

supporter les conséquences financières<sup>33</sup>. Leur poursuite contre le poursuivi continue, contrairement à ce qui prévaut pour la dation en paiement (*supra* III/A).

### C. L'exercice de ce droit d'action par plusieurs attributaires

Chaque attributaire obtient, à titre individuel, le droit d'actionner le tiers-débiteur<sup>34</sup>. Malgré cela, puisque tous peuvent faire valoir la même créance, une seule décision doit être rendue dans l'affaire. Cette constellation est qualifiée de « consorité nécessaire improprement dite » ou de « consorité nécessaire *sui generis* »<sup>35</sup>. Elle se différencie de la consorité nécessaire de l'art. 70 CPC par le fait qu'elle est fondée sur le droit de l'exécution, et non sur le droit matériel<sup>36</sup>.

Il ne doit certes y avoir qu'une seule procédure contre le tiers-débiteur, mais un attributaire qui y prend part est habilité à procéder librement sans tenir compte des éléments avancés par les autres attributaires<sup>37</sup>. Les attributaires peuvent donc se contredire. Quoi que dogmatiquement correct, ce constat est insatisfaisant. Puisque les attributaires poursuivent le même objectif, nous estimons qu'il y a une obligation de fait d'agir de concert<sup>38</sup>. S'ils n'y parviennent pas, la désignation d'un représentant commun devrait être envisagée.

D'ailleurs, dans le contexte comparable de l'art. 260 LP, LORANDI propose d'appliquer de manière stricte le régime de la consorité nécessaire tout en maintenant la liberté de chaque attributaire de décider d'exercer son droit d'action<sup>39</sup>. Ainsi, tous ceux qui en font usage doivent agir ensemble et mener la procédure de concert. Permettant de pallier la difficulté susmentionnée, cette solution convainc.

## Conclusion

La présente contribution démontre que dans certaines situations, le recours à la dation en paiement (art. 131 al. 1 LP) ou à la remise à l'encaissement

(art. 131 al. 2 LP) peut s'avérer judicieux (*supra* I). Cependant, leur mise en œuvre soulève plusieurs questions importantes (*supra* III et IV). Avant de recourir à l'art. 131 LP, il est donc indispensable de procéder à une analyse consciencieuse des risques (qualité de la créance, possibles exceptions du tiers-débiteur, etc.) et d'établir une stratégie procédurale claire.

<sup>33</sup> AMONN/WALTHER (n. 11), §27 N 61.

<sup>34</sup> TF, arrêt du 18.12.2006, 7B.136/2006, c. 3.1.

<sup>35</sup> F. HOHL, Procédure civile – Tome I – Introduction et théorie générale, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2016, N 927.

<sup>36</sup> TF, arrêt du 6.8.2009, 4A\_215/2009, c. 3.2.

<sup>37</sup> ATF 121 III 488, c. 2e, JdT 1997 II 147.

<sup>38</sup> HOHL (n. 35), N 924.

<sup>39</sup> F. LORANDI, Abtretung gemäss Art. 260 SchKG an mehrere Gläubiger – Die Entzauberung der bedingt notwendigen Streitgenossenschaft, PJA 3/2019 p. 284 s.

# L'Initiative Citoyenne Européenne : solution du déficit démocratique européen ?

Lucie Venetz (BLaw student, Université de Fribourg)

LUCIE VENETZ s'occupe des controverses autour du mécanisme de l'initiative citoyenne européenne, présentée comme la solution au déficit démocratique de l'Union européenne. Après une brève présentation de cet instrument, elle aborde les problèmes auxquels il est confronté, liés à sa complexité et à la répartition des compétences. Elle regrette que l'initiative européenne soit restée lettre morte et propose des modifications.

## Introduction

L'Initiative Citoyenne Européenne (ci-après : ICE) s'inscrit pleinement dans une transition institutionnelle européenne sans précédent. Le Traité « modificatif », signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne, a marqué à la fois la fin d'années de négociations sur la réforme institutionnelle européenne et le début d'une nouvelle ère. En effet, il définit pour la première fois les fondements de la démocratie européenne en la renforçant de manière considérable, notamment à l'aide de l'Initiative Citoyenne Européenne.

Malgré ses volontés honorables, l'Union européenne reste fréquemment perçue comme un organisme excessivement technocratique éloigné de sa population. Afin de renverser cette méfiance freinant tout processus démocratique concret, l'ICE a pour but de rapprocher les citoyens européens en leur permettant de participer directement au débat politique au sein de l'UE.

Il conviendra, dans un premier temps, de présenter l'ICE en se penchant non seulement sur sa genèse, mais également en définissant sa notion et ses objectifs (*infra* I). Dans un second temps, l'étude portera plus particulièrement sur ses limites à travers les problèmes d'accessibilité et de compétences (*infra* II).

## I. Présentation

### A. Genèse

Avant d'étudier de manière approfondie le fonctionnement de l'Initiative Citoyenne Européenne, il est primordial de revenir sur l'une des valeurs fondamentales de l'UE : la démocratie. La question de la démocratie constitue un débat central au sein de l'Union, et cela depuis les prémices de cet organisme<sup>1</sup>. En effet, déjà au moment de la conclusion du Traité de Rome en 1957, la thématique démocratique a été abordée<sup>2</sup>.

Le principe de citoyenneté européenne, également crucial dans la compréhension de l'ICE, apparaîtra d'ailleurs quelques années plus tard avec le Traité de Maastricht, signé par douze États membres (ci-après : EM) le 7 février 1992<sup>3</sup>. L'art. 17 de ce dernier (actuel art. 9 TUE) précisa que toute personne possédant la nationalité d'un EM était citoyen européen. De ce nouveau statut de citoyen européen découleront différents droits spécifiques qui seront confirmés par la Charte des droits fondamentaux proclamée en fin d'année 2000, puis sept ans plus tard, par le Traité de Lisbonne<sup>4</sup>.

La concrétisation finale des principes de citoyenneté et de démocratie au sein de l'UE survient à l'entrée en vigueur en 2009 du Traité de Lisbonne<sup>5</sup>. Ce dernier a réformé les traités constitutifs en prévoyant, entre autres, la possibilité pour chaque citoyen de participer de manière active à la juridiction européenne par le biais de l'ICE.

<sup>1</sup> J. W. PICHLER, *The European Initiative – Soon Law in Action? An introduction*, Vienne 2010, p. 29.

<sup>2</sup> C. BLUMANN/L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7<sup>e</sup> éd., Paris 2019, p. 10.

<sup>3</sup> C.-E. LAGASSE, *Les institutions européennes : après le Traité de Lisbonne*, Namur 2010, p. 67.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>5</sup> B. KAUFMANN/J. W. PICHLER, *The European Citizens' Initiative – A New Era of Transnational, Participative Democracy*, Vienne 2010, p. 25.

Ce premier instrument reconnaissant à des personnes physiques le droit de suggérer à une institution supranationale la création de dispositions contraignantes ou d'autres actes juridiques se retrouve aux art. 11 par. 4 TUE<sup>6</sup> et art. 24 par. 1 TFUE, déléguant l'adoption de règlements par le Parlement européen et le Conseil au sujet de l'ICE. Le premier Règlement (UE) n° 211/2011 (ci-après : le Règlement) sur les initiatives citoyennes est finalement adopté le 16 février 2011.

Une telle conception de la démocratie participative au sein de l'Union Européenne a souvent été imaginée mais jamais concrétisée<sup>7</sup>. En effet, en donnant la possibilité aux citoyens européens d'influer sur certaines résolutions importantes de l'UE, l'ICE leur permet de prendre part au processus d'élaboration du droit européen, au moins de manière indirecte<sup>8</sup>. De cette innovation découle un nouveau public politique idéalement capable de combler le fossé entre l'Union et ses citoyens<sup>9</sup>.

## B. Notion et objectifs

Selon l'art. 11 par. 4 TUE, « Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités. ». Cette nouvelle possibilité agrandit la liste des droits des citoyens en leur permettant de prendre part au processus d'élaboration du droit européen. Désormais, selon l'art. 24 TFUE, le droit d'initiative s'ajoute au droit de pétition des citoyens européens<sup>10</sup>.

Tout citoyen européen a donc, d'une part, le droit d'introduire une pétition devant le Parlement européen et désormais d'autre part, la possibilité d'inviter la Commission à soumettre aux instances compétentes une proposition d'acte juridique<sup>11</sup>. La principale différence entre ces deux notions réside dans l'effet que ces dernières procurent<sup>12</sup>. La pétition provoque une sorte d'alerte aux autorités supérieures sous formes de différentes requêtes<sup>13</sup>. Les initiatives, elles, représentent une voie législative concurrentielle au droit d'initiative parlementaire ou gouvernementale<sup>14</sup>.

Afin de délimiter la notion d'ICE, il paraît opportun de définir ses objectifs. Dans le premier considérant du Règlement, ayant pour but la mise en œuvre du mécanisme de l'ICE, deux visées distinctes mais complémentaires sont perceptibles. Cette dualité repose sur la manière d'interpréter les règles concernant l'application de l'initiative citoyenne.

L'ICE a, d'une part, pour but de « renforcer » la citoyenneté de l'UE. En effet, ce premier objectif se traduit par la volonté de créer un espace public transnational afin de valoriser les discussions politiques entre les institutions européennes et la sphère privée<sup>15</sup>. Par l'exercice du droit d'initiative, le citoyen européen peut dès lors s'identifier et incarner, avec les autres signataires, la communauté européenne.

D'autre part, cet outil a pour but d'améliorer le fonctionnement démocratique de l'UE<sup>16</sup>. Cette seconde vision, moins utopique que la première, décrit l'ICE comme une façon de pérenniser le système plutôt que d'espérer l'émergence d'une conscience politique européenne<sup>17</sup>.

<sup>6</sup> A. IANNIELLO-SALICETI, Initiative citoyenne européenne et parlement européen : un premier bilan, in : J. Auvret-Finck (édit.), *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, Bruxelles 2013, p. 163 ; PICHLER, (n. 1), p. 29.

<sup>7</sup> H. DUMONT/M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L'initiative citoyenne européenne à la lumière du droit constitutionnel comparé, in : E. Dubout/F. Martucci/F. Picod (édit.), *L'initiative citoyenne européenne*, Bruxelles 2019, p. 43.

<sup>8</sup> PICHLER, (n. 1), p. 29.

<sup>9</sup> C. LINTSCHINGER, *Die Europäische Bürgerinitiative*, Vienne 2012, p. 7.

<sup>10</sup> IANNIELLO-SALICETI (n. 6), p. 179 ; LAGASSE (n. 3), p. 68.

<sup>11</sup> LAGASSE (n. 3), p. 68.

<sup>12</sup> DUMONT/FATIN-ROUGE STEFANINI (n. 7), p. 49 ; IANNIELLO-SALICETI (n. 6), p. 179.

<sup>13</sup> IANNIELLO-SALICETI (n. 6), p. 179.

<sup>14</sup> DUMONT/FATIN-ROUGE STEFANINI (n. 7), p. 46 ; LINTSCHINGER (n. 9), p. 9.

<sup>15</sup> IANNIELLO-SALICETI, (n. 6), p. 164.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>17</sup> E. DUBOUT/F. MARTUCCI, Introduction – L'initiative citoyenne européenne et le sens de la participation dans l'Union européenne, in : E. Dubout/F. Martucci/F. Picod (édit.), *L'initiative citoyenne européenne*, Bruxelles 2019, p. 17.

## II. Failles

### A. Problèmes d'accessibilité

Le nouvel instrument démocratique européen destiné à de réjouissantes perspectives s'avère, en réalité, confronté à un nombre considérable d'obstacles<sup>18</sup>. Parmi ceux-ci se trouve une limite *rationae personae* provenant de la nécessité de rassembler un million de signatures, dans un bref délai, en provenance d'au moins un quart des EM tout en respectant un nombre minimal de signatures par État membre<sup>19</sup>. En d'autres termes, les premières failles rencontrées par l'ICE sont d'ordre procédural.

Le vrai défi pour le comité d'organiseurs se trouve dans la phase de la collecte de signatures<sup>20</sup>. En effet, selon les conditions requises par le Règlement (cf. not. art. 3 et 8), il faut recueillir un million de signatures en seulement une année, ce qui représente plus de 85'000 signatures à récolter par mois<sup>21</sup>. De plus, cette phase n'implique pas la récolte de « simples signatures », mais bien de déclarations de soutien certifiées (art. 9 ss du Règlement)<sup>22</sup>. De cette première étape découlent plusieurs autres contraintes comme le respect de la législation au sujet de la protection des données de chaque EM ainsi que la réticence des citoyens européens à fournir des données privées nécessaires au soutien d'une ICE.

La liste des entraves sur le chemin procédural menant à l'aboutissement d'une initiative est encore longue. L'efficacité de la mise en œuvre de l'ICE constitue une question centrale soulevée par les citoyens européens. En effet, le risque lié à ces nombreuses exigences est de bureaucratiser excessivement cet instrument intéressant et de finalement décourager les citoyens voulant y participer<sup>23</sup>. Afin de rendre l'ICE plus accessible, il est donc primordial d'assouplir sa procédure<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> LINTSCHINGER (n. 9), p. 11.

<sup>21</sup> IANNIELLO-SALICETI (n. 6), p. 178.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> N. LEVRAT, La construction européenne est-elle démocratique ?, Paris 2012, p. 141.

<sup>24</sup> DUMONT/FATIN-ROUGE STEFANINI (n. 7), p. 82.

### B. Problèmes de compétences

Les limites liées à l'accessibilité de l'ICE ne sont pas les seules à freiner la prolifération de cet outil démocratique<sup>25</sup>. L'ICE souffre également de limites *ratione materiae*<sup>26</sup>. Celles-ci proviennent de l'obligation pour une proposition d'initiative d'intégrer le « cadre des attributions » de la Commission européenne (art. 11 par. 4 TUE)<sup>27</sup>. Une des grandes problématiques de l'ICE réside par conséquent dans la définition exacte du cadre d'attributions de cette dernière. Cette contrainte confronte de manière inéluctable les citoyens européens à la subtilité de la répartition des compétences entre l'Union et ses membres<sup>28</sup>.

Le rôle primaire de la Commission est de promouvoir l'intérêt général de l'UE en proposant des textes législatifs puis en veillant à leur application. En effet, un acte législatif de l'UE ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, selon l'art. 17 par. 2 TUE. Afin de préserver ce quasi-monopole d'initiative de la Commission (art. 17 TUE et art. 294 TFUE), l'ICE ne garantit à aucun moment le déclenchement de la procédure législative mais seulement la possibilité de soumettre à la Commission une proposition, conférant à cette dernière une sorte de droit de veto sur l'avenir de l'initiative<sup>29</sup>.

Il est important de relever que le contrôle de ces conditions est justement fait par la Commission (cf. not. art. 15 du Règlement), ce qui représente le cœur de la problématique liée au problème de compétences<sup>30</sup>. Le fait que la Commission soit à la fois destinataire de l'ICE et l'autorité chargée de l'examen de recevabilité de la proposition d'ICE concrétise un risque certain de confusion des rôles<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> LINTSCHINGER (n. 9), p. 9.

<sup>26</sup> DUBOUT/MARTUCCI (n. 17), p. 19.

<sup>27</sup> LINTSCHINGER, (n. 9), p. 205.

<sup>28</sup> V. MICHEL, Initiative citoyenne et limites des compétences de l'Union européenne, in : E. Dubout/F. Martucci/F. Picod (édit.), L'initiative citoyenne européenne, Bruxelles 2019, p. 205.

<sup>29</sup> DUBOUT/MARTUCCI (n. 17), p. 20.

<sup>30</sup> D. RITLÉNG, L'initiative citoyenne européenne entre démocratie représentative et démocratie participative, in : E. Dubout/F. Martucci/F. Picod (édit.), L'initiative citoyenne européenne, Bruxelles 2019, p. 95.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

Ainsi, cette double casquette représente un véritable obstacle à la bonne utilisation de l'ICE. En effet, la Commission, qui ne devrait qu'exercer un contrôle restreint lui permettant d'écarter les propositions de nature à déroger aux principes fondamentaux des traités, met finalement en œuvre un contrôle complet provoquant un large taux d'échec au moment de l'enregistrement de la proposition<sup>32</sup>. Ce double pouvoir de la Commission dissuade ainsi nettement le recours à l'ICE en tant qu'outil de démocratie participative.

Afin d'espérer une amélioration de cet instrument démocratique, il paraît élémentaire de distinguer l'organe d'enregistrement de l'organe décidant de l'avenir de l'ICE<sup>33</sup>. La Commission ne devrait pas avoir le rôle de conseillère des citoyens sur la forme et le contenu de leur projet tout en ayant le pouvoir de décider de la suite de ce dernier<sup>34</sup>.

## Conclusion

L'Initiative Citoyenne Européenne est à l'image du paradoxe démocratique dont souffre l'UE. Les débuts de l'ICE ont provoqué maintes réactions au sein de l'Union. La controverse autour de celle-ci aboutit à des avis plutôt péjoratifs. La dénomination même d'« initiative citoyenne » est parfois remise en question pour certains : il ne s'agirait pas réellement d'un pouvoir d'initiative mais presque davantage d'un pouvoir de pétition additionnel s'adressant à la Commission européenne. La critique ne s'arrête pas là ; pour d'autres, elle serait même une sorte de « caricature » de la démocratie.

Même en reconnaissant son caractère éminemment démocratique, force est de constater que tant les doutes légitimes quant à sa nature controversée, que les problèmes liés à l'accessibilité de la procédure et aux compétences de la Commission, renforcent les réticences face à l'ICE. En se limitant à la présentation d'un projet de loi devant un organe qui décidera pleinement de l'avenir de ce dernier, l'ICE se rapproche plus d'un instrument de démocratie « mi-directe », en ce sens qu'il permet tout de même l'établissement d'une coopération plus étroite entre les citoyens

européens et leurs élus.

Dix années après l'entrée en vigueur de l'ICE, le constat reste donc mitigé. En effet, seulement 6 initiatives ont abouti sur les 88 enregistrées. À ce jour, aucune des six initiatives avalisées par la Commission n'a été transposée dans un acte législatif<sup>35</sup>. L'élévation de la démocratie à l'échelle transnationale semble par conséquent plus complexe que prévu<sup>36</sup>.

Les limites dont souffre l'ICE brisent d'une certaine façon les espoirs façonnés sur cette innovation. Il paraît pour le peu utopique de continuer à croire que cette dernière demeurerait la solution ultime au déficit démocratique européen. Néanmoins, il ne faut pas non plus ignorer la progression de la légitimation démocratique citoyenne engendrée par l'initiative citoyenne. Grâce à celle-ci, la Commission prend progressivement connaissance des préoccupations législatives des citoyens et possède les clefs pour continuer à développer la démocratie européenne. En définitive, l'instauration d'une démocratie « vivante », bien qu'entrevue, semble toujours faire défaut à l'Europe.

<sup>35</sup> <[https://europa.eu/citizens-initiative/\\_fr](https://europa.eu/citizens-initiative/_fr)> (consulté le 11.4.2022).

<sup>36</sup> DUBOUT/MARTUCCI (n. 17), p. 14.

<sup>32</sup> RITLENG (n. 30), p. 98.

<sup>33</sup> DUMONT/FATIN-ROUGE STEFANINI (n. 7), p. 81.

<sup>34</sup> *Ibidem*.



Are you ready to  
start your career?

We are ready  
for you!

---

LENZ & STAEHELIN

The world's Swiss law firm

[www.lenzstaehelin.com](http://www.lenzstaehelin.com)

# Le territoire de l'Union européenne : entre métaphore et réalité

Nadia Signorell (Assistant and PhD Candidate at the Chair of Public International Law and European Law)

## Introduction

Bien qu'il soit erroné, du point de vue du droit international, de faire référence au territoire de l'Union européenne (UE), il faut pourtant bien convenir qu'il existe une territorialité particulière à l'UE qui ne se résume pas seulement à la somme des territoires de ses États membres (I.). On observe alors que le droit de l'UE participe à l'émergence d'une territorialité propre à l'UE et révèle ainsi quelques questionnements relatifs à l'inscription territoriale de son droit (II.). Le présent article tend ici à une (brève) présentation de ces enjeux.

## I. Territoire de l'UE

Alors que son appréhension géographique semble avérée, l'acception juridique du territoire de l'UE peut pourtant relever de l'anomalie<sup>1</sup>, d'un impossible à représenter<sup>2</sup> voire d'un (non-)lieu difficile à concevoir<sup>3</sup>. L'exercice de caractérisation de ce territoire particulier impose de le définir (A.) puis d'examiner l'aspect fonctionnel de la territorialité – i.e., la finalité de l'usage du territoire<sup>4</sup> – telle qu'elle se présente au sein des traités UE<sup>5</sup> – i.e., comme fonction de délimitation du champ d'application territorial du droit de l'UE (B.).

### A. Notion de territoire

Terme polysémique, le territoire se distingue d'abord

<sup>1</sup> L. AZOULAI, *Transfiguring European Citizenship : From Member State Territory to Union Territory*, in : D. Kochenov (édit.), *UE Citizenship and Federalism*, Cambridge 2017, p. 178-203.

<sup>2</sup> S. KAHN/Y. RICHARD, *Le territoire communautaire européen : Un impensé non représentable ?*, in : S. Brunet/L. Lebon/Y. Richard (édit.), *Prolifération des territoires et représentations territoriales de l'Union européenne*, Mont-Saint-Aignan 2019, pp. 121-140.

<sup>3</sup> J.-C. GRØNDAHL, *L'Europe n'est pas un lieu*, Paris 2020.

<sup>4</sup> N. BLOMLEY, *Territory and Law*, in : M. Valverde et al. (édit.), *Routledge Handbook of Law and Society*, Londres 2021, pp. 234-237, p. 234.

<sup>5</sup> I.e., le traité sur l'Union européenne (JO C 326 du 26.10.2012, p. 13 [TUE]) et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 326 du 26.10.2012, p. 47 [TFUE]).

comme un « espace géographique sur lequel est établie une population organisée »<sup>6</sup>. En droit, il s'entend comme « [l']élément constitutif de l'État dont il forme l'assise géographique et dont il détermine le champ d'exercice des compétences »<sup>7</sup>. En tant que sous-catégorie du concept de l'espace, le territoire est le lieu de l'exercice de la souveraineté d'un (voire de plusieurs) État(s)<sup>8</sup>. Aussi, l'on retiendra qu'en droit international, le territoire désigne les espaces terrestres ou maritimes où sont exercés des droits souverains de la part d'un État<sup>9</sup>, d'un groupe d'États, voire d'une organisation internationale (OI)<sup>10</sup>. Même s'il sert avant tout de base à l'organisation du groupement humain que constitue l'État<sup>11</sup>, il est alors admissible de concevoir l'existence du territoire (communautaire<sup>12</sup>) de l'UE.

En tant qu'entité dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau<sup>13</sup> – dite *sui generis* – il est inexact de

<sup>6</sup> J. SALMON (dir.), *Territoire*, in : *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles 2001, pp. 1076 s.

<sup>7</sup> Cf. art. 1 Convention Montevideo du 26 décembre 1933 sur les droits et devoirs des États adoptée par la septième Conférence internationale américaine (UNTC 3802|RTSN vol. 165), p. 19 ; G. CORNU (dir.), *Territoire*, in : *Vocabulaire juridique*, Paris 2016, p. 1022.

<sup>8</sup> G. DISTEFANO, *Droit international des espaces : Morceaux choisis*, Paris 2017, p. 8.

<sup>9</sup> Commission du droit international (CDI), *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires – Art. 25*, in : *Annuaire de la CDI*, 2/1966, p. 232, pt 3 ; art. 29 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) ; A. AUST, *Treaties, Territorial Application*, in : MPEPIL, Juin 2006, in : <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1492>>, pt. 3 (toutes les sources en ligne ont été consultées le 11.4.2022) ; BLOMLEY, (n. 4), p. 234.

<sup>10</sup> DISTEFANO (n. 8), p. 4.

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 4 et 7 ; K. KNOP, *Statehood : territory, people, government*, in : J. Crawford/M. Koskenniemi (édit.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge 2015, pp. 96-106, p. 101.

<sup>12</sup> CJCE, arrêt du 31.3.1971, *Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes*, 22/70, pt. 26 ; SALMON (n. 6), pp. 1076 s.

<sup>13</sup> CJUE, Avis de la Cour du 18.12.2014, *Avis 2/13 – Adhésion de l'Union à la CEDH*, pt. 158.

considérer que l'UE dispose d'un territoire au même titre qu'un État. À l'origine, le territoire communautaire désigne « le domaine d'application dans l'espace des compétences fonctionnelles attribuées par les traités à la Communauté »<sup>14</sup>. Il recouvre en cela la zone de déploiement de compétences que s'attribue l'UE par son droit. Le territoire de l'UE est « [l']espace dans lequel le droit de l'Union s'applique et qui est plus vaste que l'ensemble des territoires des États membres, car il s'étend en tout lieu dans lequel l'État membre intervient dans le cadre de la compétence attribuée à la Communauté<sup>15</sup> ». Ainsi, il est admis que le territoire (normatif) de l'UE s'étende au-delà des territoires (géographiques) de ses États membres (cf. art. 355 TFUE). Même s'il est tentant de réduire le territoire de l'UE à la somme des territoires de ses États membres, on observe alors qu'il la dépasse et que le droit de l'UE fait émerger une territorialité marquée par la spécificité de l'UE<sup>16</sup>. Aussi, et comme résultat du lien singulier entre l'UE et la territorialité, s'instaure une forme de dialectique : le droit de l'UE éprouve l'acception classique du territoire tandis que le lien entre les États membres et la notion de territoire se trouve altéré<sup>17</sup>.

## B. Dispositions à caractère territorial au sein des traités UE

Le plus souvent, le territoire mentionné dans les traités UE est celui des États (membres et tiers). Les traités UE ne font allusion qu'une seule fois au territoire de l'UE (cf. art. 153 par. 1 lit. g TFUE). Cette expression est plus courante dans les communications institutionnelles<sup>18</sup>, la jurisprudence ainsi que dans le

droit dérivé de l'UE<sup>19</sup>. Par exemple, la Commission européenne emploie volontiers les expressions « territoire communautaire » ou « territoire européen », qui renvoient d'ordinaire au territoire géographique de l'UE ainsi qu'aux régions qui le composent<sup>20</sup>. Dans le contexte de cet usage, l'on peut très schématiquement admettre que le territoire des États membres recouvre l'intégration sociale et l'établissement des individus, tandis que le territoire de l'UE recouvre l'accession au territoire (des États membres, en particulier, et en tant que somme) et le contrôle migratoire<sup>21</sup>.

Même si le territoire de l'UE n'y est pas désigné tel quel, un certain nombre de dispositions des traités UE présente néanmoins un caractère territorial. L'art. 3 par. 3 TUE fixe la « cohésion territoriale » entre les États membres comme objectif de l'UE. Il implique ainsi l'existence d'une certaine « unité territoriale » de l'UE. Cette cohésion renvoie à un « tout » composé par les territoires nationaux des États membres<sup>22</sup>. En conséquence, l'espace de l'UE voit ses frontières intérieures « gommées » au nom de ce « tout »<sup>23</sup>, sans que cela n'affecte pour autant les compétences des États membres en matière d'intégrité territoriale<sup>24</sup>. La compétence étatique en matière de disposition du territoire (i.e., la souveraineté territoriale<sup>25</sup>) est en effet maintenue en vertu du droit international. La cohésion

<sup>14</sup> M. DONY, Territoire communautaire, in : A. Barav/C. Philip (édit.), Dictionnaire juridique des Communautés européennes, Paris 1993, p. 1070.

<sup>15</sup> F. De la Fuente (édit.), Territoire de l'Union, in : Dictionnaire juridique de l'Union européenne, Bruxelles 1998, p. 547.

<sup>16</sup> G. MARTI, Ce que l'Union européenne a fait au concept de territoire, *Territorio e Territori nell' UE* 31/2020, pp. 83-96, p. 96.

<sup>17</sup> L. LEBON, La territorialité et l'Union européenne : approches de droit public, Bruxelles 2015 ; Y. RICHARD, Introduction : Du territoire à la territorialité, dialogue entre juristes et géographes, in : S. Brunet/L. Lebon /Y. Richard (édit.), Prolifération des territoires et représentations territoriales de l'Union européenne, Mont-Saint-Aignan 2019, pp. 11-25, p. 21.

<sup>18</sup> P. ex., une recherche rapide par mot-clé sur Eur-lex de l'occurrence « territoire de l'Union » indique 21'469 résultats de mention concernant la Commission européenne.

<sup>19</sup> A. B. MANSOUR, Le « Territoire de l'Union », in : M. Benlolo Carabot/U. Candaş/E. Cujo (édit.), *Union européenne et droit International*, Paris 2012, pp. 209-220.

<sup>20</sup> P. ex., Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11.7.1991, *Europe 2000 – Les perspectives de développement du territoire communautaire de la Commission*, in : <<https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/5c225d3d-605e-4674-a4ac-d74690979ce8/language-fr>>.

<sup>21</sup> AZOULAI (n. 1), p. 182.

<sup>22</sup> P. J. CARDWELL/R. A. WESSEL, *EU External Relations and International Law : Divergence on Questions of « Territory » ?*, in : E. Fahey (édit.), *Framing Convergence with the Global Legal Order : The EU and the World*, Oxford 2020, pp. 143-161, p. 146.

<sup>23</sup> Cf. art. 3 par. 2 TUE où il est fait mention de l'Union en tant qu'espace « de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures ».

<sup>24</sup> Cf. art. 4 par. 2 TUE.

<sup>25</sup> Cf. M. HUBER, Sentence arbitrale du 4.4.1928, *Île de Palmas*, RSA 2/1928 pp. 829-838 ; DISTEFANO (n. 8), pp. 11 ss ; S. BESSON, *Sovereignty*, in : MPEPIL, Avril 2011, <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1472?prd=MPEPIL>>, pt. 1-3 ; LEBON (n. 17), p. 58, pts. 52 s.

territoriale dictée par l'art. 3 par. 3 TUE renvoie non seulement aux objectifs de cohésion économique, sociale et territoriale (arts. 174-178 TFUE), mais précise aussi la « vision unitaire » du territoire faisant par ailleurs écho à l'unicité du marché intérieur (art. 26 TFUE)<sup>26</sup>.

L'art. 52 TUE énumère les États membres visés par le champ d'application des traités de l'UE et délimite ainsi le périmètre d'application territorial du droit de l'UE. Le droit de l'UE s'applique alors à l'ensemble du territoire<sup>27</sup> de chaque État membre. Ces États consentent donc à voir leur exercice de la souveraineté coexister avec le droit de l'UE<sup>28</sup>. Précisons que le champ d'application territorial est le même pour le droit dérivé de l'UE (règlements et directives du Parlement européen et du Conseil, règlements d'exécution de la Commission)<sup>29</sup>. C'est ainsi qu'en donnant un champ d'application territorial par dénominations constitutionnelles des États membres, l'art. 52 TUE offre un caractère d'entité distincte à l'UE<sup>30</sup>.

On souligne alors l'amoindrissement de l'importance du critère géographique d'application territoriale des traités face à celui du critère normatif et institutionnel<sup>31</sup>. L'approche normative (et fonctionnelle) du

territoire permet, contrairement à une appréhension strictement géographique, d'élargir le champ d'application spatial du droit de l'UE, de sa politique et de « dépasser » ainsi la notion de territoire<sup>32</sup>. De l'art. 52 TUE, il faut encore déduire que le champ d'application territorial du droit de l'UE est désigné par les États membres en conformité à leur droit constitutionnel<sup>33</sup>. Le territoire de l'UE jaillit à l'endroit de la démarcation entre les territoires des États membres désignés par ces mêmes États (pour) et (par) le droit de l'UE<sup>34</sup>. Le champ d'application territorial du droit de l'UE doit néanmoins composer avec les extensions territoriales des territoires nationaux des États membres<sup>35</sup>. En précisant le champ introduit par l'art. 52 TUE, l'art. 355 TFUE illustre bien cette composition ainsi que la flexibilité de cette territorialité spécifique<sup>36</sup>. La disposition énumère les territoires géographiquement éloignés du continent européen (les PTOM français, p. ex.) qui se voient appliquer le droit de l'UE, ainsi que certaines exceptions/exclusions. L'application des traités UE s'étend alors bel et bien au-delà des territoires étatiques des États membres en s'appliquant aussi à certains espaces sur lesquels les États membres exercent une part de leur souveraineté<sup>37</sup>. Le pont explicite créé entre l'art. 52 TUE et 355 TFUE renforce encore la vision unitaire du territoire de l'Union<sup>38</sup>.

## II. Émergence d'une territorialité spécifique à l'UE

Ce court exposé tend à mettre en lumière l'émergence

---

Flexibility ?, Oxford/Portland 2000, pp. 113-131. Sur l'amoindrissement inéluctable du critère géographique, cf. E. PIQUET, La mer montera, des États disparaîtront..., Plein droit 128/2021, pp. 27-30.

<sup>26</sup> M. KLAMERT, Article 3 TEU, in : M. Kellerbauer/M. Klamert/J. Tomkin (édit.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford 2019, p. 34, pt. 13.

<sup>27</sup> I.e., leurs territoires terrestres, leurs eaux territoriales (cf. CJCE, Ordonnance du 22 mai 1977, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, 61-77 R), leurs bateaux, aéronefs et les airs (cf. CJCE, arrêt du 10.10.1978, *H. Hansen jun. & O. C. Balle GmbH & Co. c. Hauptzollamt de Flensburg*, 148/77) ; R. GEIGER, Article 355, Territorial Scope of the Treaties, in : R. Geiger/D. E. Khan/M. Kotzur (édit.), *European Union Treaties, Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*, Munich 2015, p. 1057, pt. 6.

<sup>28</sup> S. KAHN, *Géopolitique de l'Union européenne*, Paris 2007.

<sup>29</sup> D. KOCHENOV, *European Union Territory from a Legal Perspective : A Commentary on Articles 52 TEU, 355, 349 and 198-204 TFEU*, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series 5/2017, in : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=295601](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=295601)>, p. 2 ; D. KOCHENOV, Article 52 TEU, in : M. Kellerbauer/M. Klamert /J. Tomkin (édit.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2019, p. 334, pt. 1.

<sup>30</sup> A. RIGAUX, *Territoire communautaire*, in : *Répertoire de droit Communautaire*, Paris 1995/2014, pt. 47 ; LEBON (n. 17), p. 63, pt. 59.

<sup>31</sup> J. ZILLER, *Flexibility in the Geographical Scope of EU Law : Diversity and Differentiation in the Application of Substantive Law on Member States' Territory*, in : G. De Búrca/J. Scott (édit.), *Constitutional Change in the EU From Uniformity to*

<sup>32</sup> LEBON (n. 17), p. 63, pt. 60.

<sup>33</sup> CJCE, arrêt du 10.10.1978, *Hansen* (n. 27), pt. 10 ; CJCE, arrêt du 12.9.2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-145/04, pt. 79 ; J. ZILLER, *The European Union and the Territorial Scope of European Territories*, *Victoria University of Wellington Law Review* 38/2007, pp. 51-64 ; AZOULAI (n. 1), p. 178.

<sup>34</sup> KOCHENOV, *European Union Territory* (n. 29), p. 3.

<sup>35</sup> CARDWELL/WESSEL (n. 22), p. 147.

<sup>36</sup> ZILLER (n. 31), p. 119.

<sup>37</sup> R. GEIGER, Article 355, Territorial Scope of the Treaties, in : R. Geiger/D. E. Khan/M. Kotzur (édit.), *European Union Treaties, Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*, Munich 2015, p. 1057, pt. 8.

<sup>38</sup> CJCE, arrêt du 14.12.1979, *Regina c. Maurice Donald Henn et John Frederick Ernest Darby*, 34/79, pt. 16 ; KOCHENOV, *European Union Territory* (n. 29), p. 3 s.

d'une territorialité spécifique à l'UE qui diffère de la notion de territoire étatique qu'entend le droit international. Relevons que par l'uniformisation des normes applicables à la libre circulation des personnes, à l'économie ou à l'application du principe d'égalité de traitement sur l'ensemble des territoires des États membres, le droit de l'UE crée un « ensemble territorial cohérent et homogène »<sup>39</sup>. C'est cet ensemble que l'on assimile à l'émergence d'un territoire de l'UE. Aussi, le lien indissociable entre ce territoire fonctionnel et l'UE va au-delà d'une simple délimitation spatiale des compétences de l'UE. Le territoire de l'UE constitue un « élément fonctionnel de la définition matérielle du champ d'application des normes de l'UE, sans pour autant en être un élément constitutif<sup>40</sup>», comme c'est le cas pour un État. La notion de territoire n'étant applicable qu'aux États seuls<sup>41</sup>, il n'est, en principe, pas admissible d'admettre une quelconque concordance entre le territoire d'une OI et le territoire des États membres d'une OI<sup>42</sup>. En cela, l'UE semble néanmoins faire exception. Même si l'expression « territoire de l'Union » n'a pas encore de définition arrêtée, elle ne peut être écartée et nécessite en cela d'être précisée<sup>43</sup>. En effet, la dynamique d'uniformisation des normes et des politiques confère au territoire de l'UE un « statut autre que celui de simple élément de délimitation spatiale de ses compétences »<sup>44</sup>. Reste alors encore à illustrer la nature de ce statut (A.) ou du moins à en esquisser les possibles effets sur la notion de territoire au sens strict (B.).

### A. Illustration du territoire de l'UE par la CJUE

Pour illustrer brièvement la nature du territoire de l'Union, on peut noter qu'en matière du droit de la citoyenneté de l'UE, la Cour de justice de l'UE (CJUE) fait mention du territoire de l'Union comme « un tout »<sup>45</sup>. La CJUE se réfère alors bien à une

<sup>39</sup> MANSOUR (n. 19), p. 215.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 217.

<sup>41</sup> F. EL RASHEED MOHAMED AMHED/C. FLITAN, in : *Annuaire CDI*, 1/1982, p. 16, pts. 12 et 13A.

<sup>42</sup> *CDI, Commentaire de l'art. 29 de la Convention de Vienne*, in : *Annuaire CDI*, 2/1982, p. 41, pt. 2 ; MANSOUR (n. 20), pp. 218-219.

<sup>43</sup> MANSOUR (n. 19), pp. 218-219.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> CJUE, arrêt du 8.3.2011, *Geraldo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, C-34/09 ; CJUE, arrêt du 15.11.2011, *Murat Dereci c. Bundesministerium für Inneres*,

territorialité propre à l'UE. Celle-ci, en plus de comprendre certainement la somme des territoires des États membres de l'UE, recouvre deux dimensions : il s'agit premièrement, d'un territoire au sens strict du terme – i.e., un territoire tel que le perçoivent les États tiers, sujet à un contrôle étatique des frontières, aux limitations de la juridiction territoriale, à l'intégrité territoriale et à l'exercice de la souveraineté<sup>46</sup>. Il s'agit secondement et également d'un territoire au sens plus large – i.e., d'un territoire qui aspire à un idéal relatif à la construction de l'UE en tant qu'espace de liberté, de valeurs communes et de solidarité<sup>47</sup>.

### B. Effets du territoire de l'UE sur la notion de territoire au sens strict

Concernant les effets d'une acception plus large de la notion de territoire sur son acception plus stricte, deux mouvements relatifs au territoire et opérant au sein de l'espace juridique de l'UE se détachent : en premier lieu, il résulte de l'intégration européenne une certaine « déconstruction » des territoires étatiques<sup>48</sup>. On pense ici aux importantes modifications de la portée et de la fonction des frontières<sup>49</sup> au sein de l'espace européen, ou encore aux adaptations de l'exercice des compétences sur le territoire par les États<sup>50</sup>. En second lieu, ce sont les variations périmétriques dues à l'émergence du territoire de l'UE que l'on note, qui dépendent des États membres et rendent flexible le champ d'application territorial du droit de l'UE (*supra* I.B.)<sup>51</sup>.

Ces dynamiques de déconstruction de la notion de

C-256/11, pt. 66 ; M. BENLOLO CARABOT, *Is the « Territory » A « Constituent Element » of the European Union ?*, in : SDFI (édit.), *Droit des frontières internationales*, Paris 2016, pp. 291-309, p. 292 ; N. NIC SHUIBHNE, *The « Territory of the Union » in EU Citizenship Law : Charting a Route from Parallel to Integrated Narratives*, *Yearbook of European Law* 38/2019, pp. 267-319.

<sup>46</sup> BENLOLO CARABOT (n. 45), p. 300.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 301 ; T. MARZAL, *From World Actor to Local Community : Territoriality and the Scope of Application of EU Law*, in : Azoulai (édit.), *European Union and Forms of Life : Madness or Malaise ?*, Oxford 2022, à paraître ; AZOULAI (n. 1), pp. 178-203.

<sup>48</sup> MARTI (n. 16), pp. 83-96.

<sup>49</sup> M. BENLOLO CARABOT, *La transformation de la notion de frontière dans l'Union européenne*, *Pouvoirs* 165/2018, pp. 65-79, p. 68.

<sup>50</sup> MARTI (n. 16), pp. 83-96.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

territoire amènent alors la tentation d'accuser une certaine déterritorialisation du droit. Il est important pourtant d'insister sur la résilience et sur le caractère indispensable de l'inscription territoriale du droit<sup>52</sup>. En tant qu'assise et base de la juridiction des États<sup>53</sup>, le territoire (au sens classique, du moins) ne saurait être annihilé par ces transformations. Ces dernières servent d'ailleurs à apporter un éclairage précieux quant aux possibles divergences entre le droit de l'UE et le droit international dans les relations extérieures de l'UE<sup>54</sup>. En tant qu'entité internationale, l'UE se trouve impliquée de manière croissante dans des questions territoriales lorsqu'elle interagit avec des États tiers<sup>55</sup>. Par ailleurs, l'approche des questions territoriales par la CJUE nécessite selon certains.e.s d'être éclaircie, en particulier lorsqu'il s'agit du territoire de l'UE<sup>56</sup>. Des questions telles que celles de la gestion des flux migratoires par l'UE, l'accueil et la protection des réfugiés<sup>57</sup>, notamment, sont des thématiques qui imposent selon nous d'éclaircir la notion de territoire de l'UE ou du moins de réaffirmer la nécessité de l'ancrage du droit

au territoire (quel qu'il soit).

Par exemple, les opérations menées par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (Frontex) informent bien sur les enjeux relatifs à la territorialité particulière que produit le droit de l'UE<sup>58</sup>. En jouant un rôle d'accompagnement dans le contrôle et la gestion des flux migratoires aux frontières des États membres de l'UE<sup>59</sup>, Frontex opère sous mandat des États membres au sein d'un espace particulier créé par le droit de l'UE et qualifié précisément de « territoire de l'Union »<sup>60</sup>. On ne peut alors que rendre attentif à la flexibilité de ce territoire lorsque Frontex est en mesure d'intervenir sur le territoire d'États tiers<sup>61</sup>.

## Conclusion

Pour conclure cette courte préface à l'émergence d'une territorialité spécifique à l'UE, l'on peut affirmer que le territoire de l'UE se situe bel et bien entre grammaire symbolique et réalité juridique. À l'heure où la question des frontières – en particulier celle des frontières communes entre États membres de l'UE et États tiers – s'avère cruciale, il nous apparaît indispensable d'insister sur le nécessaire ancrage territorial du droit, en particulier lorsqu'est produite une territorialité spécifique qui bouscule l'acception juridique classique du territoire. Ce dernier est indispensable à l'exercice de la juridiction sans laquelle la protection juridique des individus serait compromise.

<sup>52</sup> A. SUPPIOT, L'inscription territoriale des lois, *Esprit* 11/2008 pp. 151-170 ; S. BESSON, Why and What (State) Jurisdiction : Legal Plurality, Individual Equality and Territorial Legitimacy, in : J. Klabbers/G. Palombella (édit.), *The Challenge of Inter-Legality*, Oxford 2019, pp. 91-132, p. 95, note n° 21 et p. 119 ; A. SUPPIOT, *Homo Juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris 2009 ; D. BETHLEHEM, *The End of Geography : The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law*, *EJIL* 25/2014, pp. 9-24.

<sup>53</sup> CPJI, arrêt du 7.9.1927, *Affaire du Lotus* (France c. Turquie), CPJI Série A n° 10.

<sup>54</sup> CARDWELL/WESSEL (n. 22).

<sup>55</sup> P. ex., CJCE, arrêt du 5.7.1994, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) e.a.*, C-432/92 ; CJUE, arrêt du 25.2.2010, *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, C-386/08 ; CJUE, arrêt du 10.12.2015, *Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario) c. Conseil de l'Union européenne*, T-512/12 ; CJUE, arrêt du 21.12.2016, *Conseil de l'Union européenne c. Front populaire pour la libération de la saguia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario)*, C-104/16 P ; CJUE, arrêt du 27.2.2018, *Western Sahara Campaign UK c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs et Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, C-266/16 ; CJUE, arrêt du 12.11.2019, *Organisation juive européenne et Vignoble Psagot Ltd c. ministre de l'Economie et des Finances*, C-363/18.

<sup>56</sup> Not., O. K. WHITAKER, EU Labelling Practices for Products Imported from Disputed Territories, *TILEC Discussion Paper* 2019, 24 pp. ; CARDWELL/WESSEL (n. 22) ; MARZAL (n. 47) ; LEBON (n. 17) ; SHUIBHNE (n. 45).

<sup>57</sup> CARDWELL/WESSEL (n. 22), p. 150.

<sup>58</sup> G. LYTHGOE, *Distinct Persons ; Distinct Territories : Rethinking the Spaces of International Organizations*, University of Manchester Legal Research Paper 28/2021, in : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3986519](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3986519)>, pp. 15 s.

<sup>59</sup> C. Chevalier-Govers/R. Thinière (édit.), *De Frontex à Frontex : Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles 2019.

<sup>60</sup> Cf. Préambule du Règlement (UE) 2016/1624 (JO L 251 du 16.9.2016, pp. 1-76), par. 1.

<sup>61</sup> Cf. Site de l'agence Frontex, *Origins and Tasks*, in : <<https://frontex.europa.eu/>> ; Chevalier-Govers/Thinière (n. 59).



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Universität Freiburg Schweiz  
Stiftung Juristische Weiterbildung Zürich

Institut pour le droit suisse et international de la construction  
Université de Fribourg, Suisse  
Fondation du droit de la construction

# VERGABETAGUNG MARCHÉS PUBLICS

**FREITAG, 24. JUNI 2022**

**REINE PRÄSENZVERANSTALTUNG**

**VOLKSHAUS  
STAUFFACHERSTRASSE 60  
ZÜRICH**

Vergaberecht 22: Neue Themen, neue Urteile  
Arbeitsrecht im öffentlichen Beschaffungswesen  
Zerstückelungsverbot und Additionsgebot  
Das neue Rechtsschutzsystem  
Dienstleistungen - neue Wege zur Beschaffung?  
Freie Diskussion  
Podiumsdiskussion: Die neuen Zuschlagskriterien

Anmeldung unter  
[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht)



Direkt zur  
Anmeldung

**MERCREDI, 22 JUNI 2022**

**EN PRÉSENTIEL ET EN LIGNE**

**AULA MAGNA  
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
FRIBOURG**

Les grandes nouveautés (réglementation et autres aspects), en particulier la mise en œuvre de l'AIMP<sup>2019</sup>  
La jurisprudence récente (notamment la « tâche publique »)  
La protection juridique primaire et secondaire  
L'adjudication de gré à gré: fardeau de la preuve et autres expériences pratiques  
Le prix dans le nouveau droit des marchés publics  
Discussion libre sur la base des questions des participants: table ronde

Inscriptions sur  
[www.unifr.ch/droitconstruction](http://www.unifr.ch/droitconstruction)



Accès direct  
à l'inscription

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

Av. Beauregard 13, CH-1700 Freiburg Tel. 026 300 80 40  
[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht) [baurecht@unifr.ch](mailto:baurecht@unifr.ch) [droitconstruction@unifr.ch](mailto:droitconstruction@unifr.ch)

## Interview with Prof. Marc Firestone

Adjunct Professor of Law (Tulane University Law School),  
Co-Founder of the Institute for Inclusion in the Legal Profession

### Marc Firestone

- 1959** Born in Bryn Mawr, Pennsylvania, United States
- 1981** Washington and Lee University, Bachelor of Arts
- 1985** Tulane University Law School, Juris Doctor
- 1985** Arnold & Porter LLP, Washington, Associate
- 1988** Philip Morris Management Corporation, Counsel
- 1993** Philip Morris Europe, Regional Counsel and Chief Counsel
- 2001** Philip Morris International, Senior Vice President and General Counsel
- 2003** Kraft Foods, Executive Vice President Corporate & Legal Affairs and General Counsel
- 2010** Co-Foundation of the Institute for Inclusion in the Legal Profession
- 2012** Philip Morris International, Senior Vice President & General Counsel
- 2018** Philip Morris International, President External Affairs & General Counsel
- 2021** Tulane University Law School, Adjunct Professor of Law



© PMI

### **QFLR: You began your education with a Bachelor of Art in romance languages and philosophy. What then led you to the law?**

Marc Firestone : I thought a bit about pursuing graduate work in romance languages and comparative literature. I was among others influenced by excellent professors. Nonetheless, I decided to take a year off after college, because I was interested in the advertising business. I tried to get a job in New York in that field. To that end, I almost literally knocked on doors – without success. Afterwards, I pursued another interest of mine, i.e., restaurants and hotels. I had a fascinating experience working as the maître d’hôtel in the dining room of the Waldorf-Astoria in New York. I was amazed by all the different people that would come and go. At that time, I was a 22-year-old kid. I did not know anything, only undertook to work hard. However, I was not sure that this would be a career for me and decided to go to law school. There, I had a general interest in international matters. I studied at

Tulane University in New Orleans, Louisiana, the one State in the U.S. that has a hybrid civil law and common law system. Therefore, I took the common law curriculum but also courses in civil law and studied the Louisiana Code of Obligations.

I never really tried career planning but endeavoured instead to work hard, learn as much as possible, and be open to new experiences.

### **QFLR: Your education seems not to involve any predefined path. Does this apply to your professional career as well?**

It does. I am very grateful for the experiences that I had, and many were serendipitous. I never really tried career planning but endeavoured instead to

work hard, learn as much as possible, and be open to new experiences. After law school, I started working for a law firm in Washington, Arnold & Porter, which at that time was the largest in the city with 200 lawyers. I practised litigation and antitrust law and was part of a team representing Philip Morris (PM). The senior partner in charge of the PM account became General Counsel of Philip Morris Companies Inc., in New York. He had appreciated my work at the law firm and offered me to join him at PM Companies, which was at the time the holding company of tobacco as well as food, beer, financial services, and real estate businesses. It was the mid-eighties, an era of corporate diversification. I had not planned to leave Arnold & Porter but welcomed the chance to work with the General Counsel in setting the direction for the law department of what was then the largest consumer products company in the world. Periodically, there were opportunities that came up within the law department that enabled me to gather different experiences while staying within the same corporate group. After five years in New York, I received a promotion in 1993 to be regional counsel in Lausanne, where the company had its European (and now worldwide) operating headquarters.

**QFLR: As a U.S. Citizen based in Europe, what was it like to work for a multinational company?**

Almost thirty years later, those years probably remain the most formative experience of my professional career. I came to Lausanne right after the dissolution of the Soviet Union. It was the first wave of privatisation of former-state-owned monopolies and the transition to a competitive market for many consumer products. In New York, I had done work related to the European Economic Community but had had no exposure to central and eastern Europe. Within six weeks of arriving in Lausanne I was working on projects that took me to, for example, Vilnius, Budapest, and Almaty. Having had the opportunity to travel in sixty countries on business-related matters has been a blessing for me. In that sense, my career has been continuing education.

**QFLR: Can you say a bit more about the work you did at that time?**

Working there in the 1990's was fascinating. Many of the countries that were newly independent and transitioning to a free-market economy strategically

decided that former state tobacco companies would be among the first state companies to privatise and sell. The international tobacco sector had a strong cashflow and was looking to invest in countries that were opening their economies. In two years, I worked on seven transactions in these countries, where there was then very little applicable positive law in place for commercial activities.

Mastering the details, whether of fact or of law is part of our work, and lawyers often seek greater and greater degrees of certainty. But that curve is asymptotic. It is essential to be meticulous, but also accept that the curve starts to flatten and will never reach certainty.

In Kazakhstan for instance, in 1993, PMI was acquiring 100% of the former tobacco monopoly via a stock acquisition of the state-owned company, when a last-minute challenge arose: the government had been working on a law for the issuance and acquisition of securities but had not yet promulgated it. I will never forget a Saturday in a Ministry office with the government's representatives and western counsel and us and our outside counsel; the Ministry officials working with an electric typewriter to prepare the Kazakh Decree Number 1 on the issuance of securities to ensure the basic legal mechanisms necessary to proceed with the transaction. We had to collaborate on the transaction while negotiating but also plunging into the uncertainty of a multimillion-dollar transaction knowing that we could not form a crystal-clear legal assessment.

We were doing our best to be thoughtful while being pragmatic. Both sides needed to accept a degree of uncertainty and to avoid the fallacy of seeking perfect certainty. That is a lesson I tried my best to carry with me throughout my career. Mastering the details, whether of fact or of law is part of our work, and lawyers often seek greater and greater degrees of certainty. But that curve is asymptotic. It is essential to be meticulous, but also accept that the curve starts to

flatten and will never reach certainty.

**QFLR: What are the characteristics of In-house legal work as opposed to working in a law firm?**

Companies, especially those operating in dozens of jurisdictions around the world, rely on law firms for deep expertise and skills to handle specific legal issues. The work of outside and in-house counsel is complementary, with different perspectives combining to provide insights and capabilities for the full palette of projects, from M&A to litigation. The combination of a strong law department that is close to the business with a network of first-rate outside counsel can even be a competitive advantage. In my time in-house both at Philip Morris International and Kraft Foods, I tried to apprehend in-house practice as itself a specialty area. For example, I identified areas of expertise from outside the law that we did not study in law school, at least in America, such as statistics and probabilities, game theory, behavioural economics, and other related fields of social science. I found those disciplines especially helpful in formulating principled advice in unclear situations. Many topics I studied in law school, such as the civil procedure rules on filing a motion for a summary judgement, might be substantively complex, but they usually came with four corners. This does not apply to decision-making in a broader, perhaps fuzzy, setting – such as whether it is reasonable to proceed with a transaction in a country that does not yet have a law on the issuance of securities.

It falls to in-house counsel to provide guidance while also recognising that ultimately legal and business decisions require a qualitative judgment.

You need to study the law in depth, but that is different from assessing a situation and making a “go/no-go” recommendation – a decision whether to proceed or not. Even after you have done the legal due diligence and the factual due diligence, uncertainty often remains. It falls to in-house counsel to provide guidance while also recognising that ultimately legal and business decisions require a qualitative judgment. I became interested in the theory and science of decision-making precisely because game theory and other

quantitative tools can improve such qualitative judgments. This is much of the value that in-house lawyers are providing to their business colleagues – support in sound, timely decisions – and there is much to gain from applying the best possible methodologies, including from fields of expertise outside the law.

**QFLR: Many law students feel that they are facing a dilemma between their moral convictions and personal ambitions. The tobacco industry being a frequent target of social criticism, have you ever considered your career under the light of this dilemma?**

Certainly. We have to be willing to ask ourselves hard questions, and an organisation’s leadership and ethos should encourage people to ask about the status quo... about *idées reçues*... and insist on a set of strong, enduring values to guide – and that do guide – conduct. The tobacco sector is certainly controversial, and the work can be difficult. Views might be polarized, and perseverance – especially in listening – is essential in working towards, for example, changes in regulatory policy and business practices to address the interests of adult consumers and societal concerns.

**QFLR: You are the proud father of four children. Has your family life been difficult to reconcile with these professional activities?**

Absolutely. There were many times where I was at the limit. Burn out is a real phenomenon. One has to recognise the tradeoffs, where there is a mix of expectations and desire to merge oneself fully into a career and yet be present for one’s family. Some things in life are priceless. Being now retired, I take great pleasure in taking the kids to school or helping them with their homework. Every day, my kids tell me something interesting, I meet somebody new, or I practice piano. Those moments are precious. I would not be able to do so if I were not retired. I am truly thankful to be in Switzerland, in Europe, with multilingual children who go to school in Düringen. I never stop getting a kick at the views in the train and hearing my kids speaking in German or French. It is fantastic.

**QFLR: You have co-founded the Institute for Inclusion in the Legal Profession (IILP). What is the aim of the project?**

We founded IILP twelve years ago in order to advance

inclusion in the U.S. legal profession as a matter of social justice. It reflected strong commitment from the IILP board members and founders, who have been people from various background, including corporate practice, large law firms, but also – and this is something we aimed for at IILP – other parts of the profession: judges, practitioners, etc. We made a point of including both the private and the public sectors. We wanted to have a broad perspective to delve into challenges, to ask the hard questions, to come up with concrete ideas for change. For instance, we organised a two-day event in Lausanne several years ago so that U.S. lawyers could share views with people based in Europe. We went through different statistics and did case studies on explicit and implicit bias in court proceedings, among other topics. I was excited to see several state judges and federal circuit court judges participating in the event.

If you break down the data on total number of partners, by the time you get to African American women, it is shockingly low.

**QFLR: In addition to organizing events and conferences, what are typical activities of the IILP?**

A significant amount of the work of IILP has been empirical and based on capturing and discussing data. We worked with statisticians and published the results. They illustrate the issues well. In the US, there are slightly more women than men coming out of law school. Yet, statistics show that the presence of women in law firms decreases over time, leaving very few women making it to the top lanes. IILP has also looked at the ownership of the largest 200 (US) law firms. The equity partnership representation among women is remarkably low. And that is without mentioning the question of African American partners and, even worse, African American women equity partners. If you break down the data on total number of partners, by the time you get to African American women, it is shockingly low.

**QFLR: Why is that?**

Let's try to be empirical and present it through

hypothesis testing. Hypothesis A: these statistics actually reflect market phenomena and choices among potential participants. Hypothesis B: something is wrong here. The probability of both scenarios is obvious to me. As lawyers, we stand for, or should, equity and fairness and justice. How can we be comfortable with these statistics? In addition, the evolution of these numbers is a disappointingly slow process. It is due to many structural biases, including within large law firms. A comparison with other parts of the legal profession provides evidence of this phenomenon. There is, for instance, a much greater gender representation and diversity in the U.S. Congress.

One of the often-heard hypotheses about lawyers is that practicing law takes so much time and dedication that a lot of women are going to distance themselves from it. IILP published a few comparative studies on different sectors. One striking example is medicine. From personal experience, I have seen first-hand a remarkable neonatal intensive care unit (NICU), where many of the doctors were women. I have spent time in many high-pressure litigation environments in the tobacco sector, but I could not for a second compare anything I have done, or any lawyer does – except maybe representing somebody in a capital punishment case – to being a NICU doctor or nurse. Another interesting study concerns veterinarian medicine, which used to be dominated by men in the U.S. In the last ten years, the opposite trend has occurred. Such an evolution is based on a cascade of different factors. The approach to the question should be empirical and pragmatic, while also be willing to put on the table some of the issues of an economic model.

As lawyers, we stand for, or should, equity and fairness and justice. How can we be comfortable with these statistics?

**QFLR: What has been your experience of women's representation in the corporate world?**

It was fairly good. At one point, for example, when I was vice president of PMI Europe's legal department, eight of nine of my direct reports were women. When I was at Kraft Foods, the Chairman & CEO, the head of HR, the head of R&D and the head of marketing,

among other senior leaders, were women. I do not remember what the percentage was, but it was certainly balanced. In law, there is a pretty good gender diversity when it comes to in-house practice. I do not want to quantify it to avoid overstating it, but the gender balance is, I believe, better when looking at top positions in in-house practice compared to top positions in large law firms.

Nonetheless, there certainly is a glass ceiling in the corporate world. In addition, there is a glass wall. There are women reaching an executive team, but the statistics, at least when I last looked, are that women more often fill positions in certain areas, such as law, corporate affairs, communications, and human relations, as opposed to, say, finance, manufacturing operations, marketing or R&D. CEOs tend to have backgrounds in the latter areas, and members of boards of directors are often current or former CEOs, CFOs, or other senior operating officers. When looking at certain sectors, it is not hard to find starker inequalities.

Whether a man or a woman, if you are in an environment where you have an in-group bias, where you have a strong in-group culture, it is hard for others to break in.

#### **QFLR: How would you explain this?**

I do not know, and I am not sure there is a clear answer to it. Some of the answers are in my personal view unsatisfying. Such as the one according to which women tend to gravitate to some functions more than others. If that is accurate statistically, it does not answer the question of why. Neither does it answer the question of whether there are other structural barriers in certain fields. There are some areas where you will have a more, to put it bluntly, “macho” environment than others. I think there is a good deal of empirical evidence that an existing high concentration of men in a field does make it proportionally harder for women to enter it. For many reasons. I am hardly the only person to have been in environments that were uncomfortable because people were saying things that were problematic just as a matter of proper behaviour

and respect for others. Whether a man or a woman, if you are in an environment where you have an in-group bias, where you have a strong in-group culture, it is hard for others to break in. Too often, and whether consciously or not, a group of decision makers that is mostly men will treat lightly or just disregard for no apparent reason the views of a highly credentialed and capable woman.

Putting aside the heinous constellation of knowing discrimination, I think many situations simply fall within the category of just not caring enough as an organisation to figure out what can be changed in order to make a difference.

I am hard pressed to believe some of the sweeping statements one sees about women’s disinterest for certain sectors. I think much more often than not, it is simply false. A factor often cited – that people unconsciously hire and promote people who are like themselves – may perpetuate the problem. It often comes down to a matter of awareness and a genuine, shared interest in change.

#### **QFLR: A significant difference between the U.S. and Switzerland is the social and legal perception of quotas and positive discrimination. What is your opinion on this matter?**

It is a complicated topic. It is also one on which emotions can run high. I certainly heard directly from people who were troubled by things I was saying with respect to increasing diversity as, essentially, advocating for quotas. This included people not wanting others to misperceive them as the beneficiaries of different standards. I have also heard from many people advocating for quotas as necessary to increase representation. Which is why it strikes me that beyond the specific topic of quotas, the overall effort is about a very systematic analysis and using methodologies such as systems dynamics. This is what we were doing at IILP, to look at what is, again, a market failure. What are the reasons explaining low diversity in a

particular sector? Putting aside the heinous constellation of knowing discrimination, I think many situations simply fall within the category of just not caring enough as an organisation to figure out what can be changed in order to make a difference. Some change will be incremental, and quotas might sometimes be too limiting. It comes back to a basic element, however: Organisations need to recognise that there is something unacceptable about being completely out of balance and then direct their energies and skills to real change as a strategic imperative.

Legal education trains people to ask the hard questions and to advance concrete strategies in areas ranging from the Code of Obligations to the UN Charter, it would be wonderful if it also trained people to do the same with respect to the composition of the profession itself.

**QFLR: Various studies suggest that there is a correlation between diversity on executive teams and companies' outperformance. What do you think of this argument?**

The business case for inclusion is often discussed at IILP. Reasonable minds differ, but I have not been a huge fan of having to show the economic upside in a more diverse and inclusive environment, at least as the lead off point, when you are dealing with skewed numbers. To me, the starting point should be the question of whether we are comfortable with the status quo. As a concrete example, consider a meeting of thirty people in a management team, of whom twenty-eight are men and two are women. What percentage of the twenty-eight men are aware that only two of the thirty are women? And of that percentage, what percentage wonders how that can be when society overall is roughly split in half, with a slightly higher percentage of women than men in law school? The answer will be troublingly low. I think most men, because of in-group bias, are probably going to find themselves in a group of other people with whom they, for instance,

went to school and they do not notice, and hence do not ask the question. And this is unacceptable as such.

**QFLR: What can we do as law students to foster diversity and inclusion?**

A starting point is to see that inclusion is important to the profession... especially given the nature of the profession. The rule of law is about fairness. About equality. It is about ideas and about social progress. Across the many substantive specialties, there is huge benefit in starting to see a professional commitment to inclusion already in law school. Concretely, for example, a strong education in legal ethics, a topic that also cuts across specialty areas, could include a component about promoting diversity and inclusion in the profession. Today's students will become tomorrow's leaders. What preparation today will help law students become lawyers who will speak thoughtfully and forcefully about hiring and mentoring practices, about advancement in a fair and inclusive environment, about the specific structural obstacles in different parts of the profession? Legal education trains people to ask the hard questions and to advance concrete strategies in areas ranging from the Code of Obligations to the UN Charter, it would be wonderful if it also trained people to do the same with respect to the composition of the profession itself.

# 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

*L'interdiction de manifester face à la liberté de réunion : la condamnation de la Suisse par la CourEDH*

CourEDH, 15.03.2022, Affaire Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, requête no 21881/20

Malgré l'importance et le but des mesures sanitaires durant la pandémie de Covid-19 en 2020, une interdiction totale de manifester durant un laps de temps important, avec des menaces de sanctions pénales sévères en cas de non-respect, n'est pas proportionnée. Une telle ingérence contrevient à la liberté de réunion et d'association (art. 11 CEDH).

## Faits

Le 13 mars 2020, le Conseil fédéral adapte l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (O.2 Covid-19). Celle-ci interdit les manifestations publiques ou privées de plus de 100 personnes, maintenant toutefois la possibilité d'une dérogation éventuellement accordée par l'autorité cantonale (art. 7 let. a O.2 Covid-19). Le 17 puis le 20 mars 2020, le Conseil fédéral durcit les mesures de l'ordonnance. Les manifestations publiques ou privées sont interdites, les rassemblements limités à maximum 5 personnes dans l'espace public et la possibilité d'obtenir une dérogation pour les manifestations ayant pour but l'exercice de droits politiques est exclue. Comme sanction, l'ordonnance prévoit jusqu'à 3 ans de peine privative de liberté. Ces interdictions restent en vigueur jusqu'au 30 mai 2020, date à laquelle des manifestations de maximum 30 personnes sont à

nouveau autorisées.

La Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) est une association basée à Genève ayant pour but statutaire de défendre les intérêts de ses membres et des travailleur-euse-s. Elle est active dans la défense des libertés démocratiques et syndicales, en organisant notamment des manifestations. La CGAS avait prévu d'organiser une manifestation le 1er mai 2020. Celle-ci a été annulée par les organisateurs en raison de l'interdiction de rassemblement découlant de l'O.2 Covid-19. Estimant avoir été contrainte par les autorités suisses de renoncer à l'organisation de sa manifestation, la CGAS saisit immédiatement la CourEDH le 26 mai 2020 afin de faire constater l'incompatibilité de l'ordonnance du Conseil fédéral avec l'art. 11 CEDH (liberté de réunion et d'association). La CourEDH est ainsi amenée à se prononcer sur la légalité des mesures d'interdiction de rassemblement lors de la pandémie de coronavirus.

## Droit

La CourEDH commence par examiner si c'est à bon droit que la CGAS l'a saisie immédiatement sans épuiser (ni même entamer) préalablement les voies de droit internes (art. 35 al. 1 CEDH). Elle s'intéresse ainsi à la possibilité, alléguée par le Gouvernement suisse, de contester devant les juridictions suisses le rejet éventuel d'une demande d'autorisation pour une réunion pacifique. La CourEDH relève que le Tribunal fédéral a rendu un arrêt portant sur la question des autorisations de manifestations durant la pandémie (1C\_524/2020). Néanmoins, elle observe que le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en raison d'une absence d'intérêt actuel de la recourante. En effet, lors du prononcé de l'arrêt, la date d'organisation de la manifestation était échue, les mesures avaient été levées et rien ne laissait croire que des situations similaires pourraient se reproduire. En conséquence, le Tribunal fédéral n'a pas exercé un contrôle préjudiciel de légalité de

l'ordonnance litigieuse. La Cour observe par ailleurs que, en contradiction avec une jurisprudence pourtant bien établie de la CourEDH (Lashmankin et autres c. Russie, nos 57818/09 et 14 autres, § 345, 7 février 2017, et Baczkowski et autres c. Pologne, no 1543/06, §§ 81-83, 3 mai 2007), même le tribunal de première instance a rendu sa décision après la date de la réunion pour laquelle une autorisation était demandée. Aussi, de l'avis de la Cour, il est probable que si la CGAS avait recouru contre un refus d'autorisation de manifester, les tribunaux suisses se seraient saisis de l'affaire après la date de la manifestation, puis auraient conclu à l'irrecevabilité du recours faute d'intérêt actuel, sans analyser la compatibilité de l'ordonnance avec le droit constitutionnel. Une telle pratique ne laisse pas penser que la CGAS bénéficiait d'un droit de recours effectif et disponible, de telle sorte qu'elle n'était pas tenue d'épuiser les voies de recours internes avant de recourir à la CEDH.

Le recours étant recevable, la CourEDH est amenée à se prononcer sur la compatibilité des mesures de l'O.2 Covid-19 avec l'art. 11 CEDH. Il n'est pas contesté que l'interdiction de manifestation est une ingérence dans l'exercice des droits à la liberté de réunion. La Cour se penche donc sur la question de savoir si cette ingérence est nécessaire dans une société démocratique.

La CourEDH ne remet pas en question la dangerosité du Covid-19. Elle souligne que le manque de connaissances à propos de la maladie et la rapidité avec laquelle les autorités ont dû agir doivent être pris en considération lors de l'analyse de la nécessité des mesures litigieuses.

Entre le 17 mars et le 30 mai 2020, toutes les manifestations par lesquelles l'association requérante aurait pu poursuivre ses activités en vertu de son but statutaire ont fait l'objet d'une interdiction générale. Une telle mesure générale exigeait une justification solide et un contrôle particulièrement sérieux par les tribunaux autorisés à opérer une pesée des intérêts pertinents en jeu. Or, les tribunaux suisses, et notamment le tribunal fédéral, n'ont jamais procédé à un tel contrôle ce qui est préoccupant au vu de la longue durée des ingérences litigieuses. La CourEDH souligne par ailleurs que, au vu de l'urgence de la situation, et au vu du fait qu'une autorité législative n'est en principe pas à même de prendre des décisions dans l'urgence, il était d'autant plus important que les

autorités judiciaires procèdent à un tel contrôle.

La CourEDH relève ensuite que, au printemps 2020, la présence sur les lieux de travail était encore autorisée, même lorsque ces lieux accueillait des centaines de personnes. Elle observe que le Gouvernement suisse n'a pas répondu à la question de savoir pour quelles raisons le maintien de ce type d'activités était possible à la condition que les employeur-eus-s respectent certaines mesures organisationnelles tandis que l'organisation d'une manifestation, dans l'espace public, à savoir en plein air, ne l'était pas, même en respectant les consignes sanitaires nécessaires.

Quant à la sanction à infliger en cas de violation de l'interdiction de manifester énoncée par l'O.2 Covid-19, la CourEDH rappelle que lorsque les sanctions infligées sont de nature pénale, elles appellent une justification particulière et qu'une manifestation pacifique ne doit pas, en principe, faire l'objet d'une menace de sanction pénale (Kudreivičius et autres c. Lituanie [GC], no 37553/05, § 146). De l'avis de la CourEDH, la sévérité de ces sanctions produit un effet dissuasif à l'égard des personnes voulant organiser ou prendre part à ces manifestations.

En définitive, eu égard à l'importance de la liberté de réunion dans une société démocratique, et même si l'ingérence du Gouvernement suisse était motivée par un but sanitaire important, l'interdiction générale de manifester, la durée de cette mesure et la sévérité des sanctions encourues ne sont pas proportionnés.

Partant, la CourEDH admet le recours et condamne la Suisse pour violation de la CEDH.

**Note :** Cet arrêt a été rendu par 4 voix pour (juges Serghides [Chypre] ; Pavli [Albanie] ; Zünd [Suisse] et Krenc [Belgique]) et 3 voix contre (Ravarni [Luxembourg; Président de la composition], Seibeirt-Fohr [Allemagne] et Roosma [Estonie]). Il est accompagné d'une opinion concordante du juge Krenc et de l'opinion dissidente des trois juges minorisés.

On ne peut que saluer le résultat auquel parvient la CourEDH. Elle souligne en effet le rôle central que doivent jouer les autorités judiciaires dans le contrôle du travail de leur gouvernement et ce en particulier en temps de crise. Comme le relève le juge Krenc dans

son opinion concordante, même lorsqu'elle est justifiable au titre d'un impératif de santé publique, « une [...] restriction [de droits fondamentaux], pour être licite au regard de l'article 11, §2, doit impérativement résister au contrôle juridictionnel de proportionnalité ». Et le juge Krenck d'ajouter qu'« [e]n temps de crise (sanitaire ou autre) où des restrictions successives de restrictions drastiques dans les libertés peuvent être adoptées sous le bénéfice de l'urgence, l'accès à un contrôle juridictionnel indépendant et effectif constitue une garantie fondamentale contre un risque d'excès et d'abus, lequel ne peut jamais être négligé. Le juge est là non point pour se substituer aux autorités compétentes [...] mais pour contrôler la légalité et la proportionnalité de ces restrictions, guidé par la perspective que les citoyens puissent, aussi vite que possible, regoûter pleinement aux libertés ».

La CourEDH insiste sur le fait que des personnes exerçant leur droit fondamental de manifester ne doivent pas craindre de poursuites pénales. Lorsque de telles poursuites pénales sont engagées, elles appellent une justification particulière.

ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, L'interdiction de manifester face à la liberté de réunion : la condamnation de la Suisse par la CourEDH, in : [www.lawinside.ch/1075/](http://www.lawinside.ch/1075/)

## Aperçu de quelques jurisprudences récentes

### Procédure civile, TF, 07.12.2021, 5A\_294/2021\*

MARION CHAUTARD, La prise en compte des novae entre les MPUC et le divorce

Lorsque des faits nouveaux pertinents pour le prononcé des mesures de protection de l'union conjugale (MPUC) sont invoqués devant l'autorité ayant prononcé lesdites mesures, cette autorité est tenue de les prendre en compte conformément aux art. 229 et 317 CPC, même si ces faits sont postérieurs à l'ouverture d'une procédure de divorce.

### Droit des contrats, TF, 05.01.2022, 4A\_330/2021\*

### ARIANE LEGLER, « Assurance épidémie » et perte de revenus due à la pandémie de coronavirus

Une assurance couvrant notamment la perte de revenus liée à une épidémie, mais excluant celle liée aux niveaux de pandémie 5 et 6 de l'OMS, n'intègre pas la couverture pour la perte de revenus due à la pandémie de coronavirus (Covid-19).

Selon le principe de la confiance, une clause d'exclusion de couverture d'assurance ne doit pas être interprétée littéralement, mais plutôt en fonction du contexte et de l'ensemble des circonstances, en particulier de son but.

### Procédure pénale, TF, 29.11.2021, 6B\_1498/2020\*

CAMILLE DE SALIS, Le principe de l'accusation et l'appréciation des preuves en cas de viols

Le principe de l'accusation est respecté lorsque le prévenu peut déduire de l'acte d'accusation que l'unique mode opératoire décrit vaut pour tous les viols qui lui sont reprochés. Face à des déclarations contradictoires entre l'auteur et sa victime, il n'est pas arbitraire pour l'autorité de retenir une version des faits au détriment d'une autre, lorsque les autres éléments et indices invoqués lui permettent de forger sa conviction.

### Droit bancaire, TF, 12.01.2022, 4A\_9/2021

CELIAN HIRSCH, L'interprétation d'un ordre de bourse : acheter un call ou cent calls ?

L'ordre d'achat d'un instrument financier est une manifestation unilatérale de volonté. Si l'ordre d'un client portant sur une opération complexe est imprécis, la banque n'est pas responsable de sa mauvaise exécution.

### LP, ATF 147 III 486

EMILIE JACOT-GUILLARMOD, La non-divulgence de la poursuite en cas de paiement du débiteur

Le poursuivi ne peut pas obtenir la non-divulgence de la poursuite (art. 8a al. 3 let. d LP) au motif qu'il a payé le montant réclamé à réception du commandement de payer.

### Procédure pénale, TF, 22.11.2021, 6B\_1079/2021\*

QUENTIN CUENDET, La restitution du délai pour recourir au Tribunal fédéral

Même une condamnation lourde prononcée en appel

ne suffit pas à justifier la restitution du délai de recours au sens de l'art. 50 al. 1 LTF. Le Tribunal fédéral fait une interprétation stricte de cette norme, indépendante du domaine du droit et des points attaqués.

**Droit civil, ATF 147 III 393**

MARC GREZELLA, **Imputation de la fortune d'un époux pour subvenir aux besoins de la famille**

Lorsque les revenus réguliers du travail et de la fortune des époux ne permettent pas de couvrir les besoins de la famille, il peut raisonnablement être exigé que les conjoints mettent à contribution leur fortune pour assurer tout ou partie de l'entretien de la famille.

Cela étant, les biens acquis par voie de succession ne peuvent en principe pas être utilisés à cet effet.

**Droit des sociétés, TF, 03.12.2021, 4A\_496/2021\***

NOE LUISONI, **Le mandat d'administrateur peut-il être prolongé tacitement ?**

Le mandat du conseil d'administration prend fin au plus tard six mois après la clôture de l'exercice pertinent si pendant cette période aucune assemblée générale ordinaire n'a lieu ou si l'élection des membres du conseil d'administration n'est pas portée à l'ordre du jour lors de l'assemblée générale.

## Join our team

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

**That means you.**

Next Deadline:  
**October 2022**



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](mailto:fribourglawreview@unifr.ch)



## Vie universitaire

Chères étudiantes, chers étudiants,

Ces quelques lignes pour vous résumer le travail effectué par la Fachschaft Jus durant ces derniers mois, tant sur le plan de la politique universitaire que sur le plan événementiel. De nombreux événements seront organisés à la rentrée de septembre : alors soyez à l'affût !

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

Zunächst möchten wir euch dafür danken, dass ihr so zahlreich an unserer traditionellen Grossen Debatte im Dezember teilgenommen habt, bei der es um die Erhöhung des Rentenalters für Frauen ging. Die Debatte wurde aufgrund der Pandemie in einer Hybridform abgehalten, erreichte aber dennoch eine spektakuläre Zuschauerzahl. Wir möchten nochmals allen Rednerinnen und Rednern herzlich danken, die an dieser Veranstaltung teilgenommen haben.

Par ailleurs, la Jus continue de défendre les intérêts des étudiant-e-s dans les différentes commissions de la Faculté. Nous pouvons déjà vous annoncer que les grandes lignes de la réforme Bachelor/Master Law ont été acceptées ; plusieurs commissions dans lesquelles des membres du comité siègent sont en train d'établir des règlements et réfléchissent à l'établissement des cours.

Une commission spéciale a été créée par le Décanat pour se positionner quant à l'organisation de l'enseignement après les mesures Covid. Le comité de la Fachschaft Jus a décidé de demander aux professeur-e-s de maintenir la possibilité de suivre les cours en ligne et continuer offrir des cours, sous forme hybride à la rentrée de septembre.

Das zweite Semester hat mit einer ausserordentlichen Generalversammlung begonnen, um eine der Co-Präsidentinnen der Fachschaft zu ersetzen, der wir nochmals für ihre geleistete Arbeit im Vorstand danken. Die Organisation des Jus-Komitees wurde wieder auf eine einfache Präsidentschaft umgestellt, wobei ein neues Mitglied gewählt wurde, das die Vizepräsidentschaft übernahm.

La fameuse Law Night organisée par la Fachschaft Jus a enfin pu avoir lieu cette année. Il s'agissait d'une édition très attendue, notamment suite à la levée des mesures Covid qui permettait une atmosphère plus conviviale. La soirée a rencontré un franc succès et le comité se réjouit déjà d'organiser la prochaine édition !

Après les projections du premier semestre consacrées à l'égalité de droit dans le cinéma, la Faculté a organisé avec notre soutien trois séances extraordinaires à l'occasion des dix ans du droit dans le cinéma. Ces dernières furent placées sous le sigle de la provocation. L'Édition spéciale s'est tenue avec de nombreux-ses intervenant-e-s avec qui les spectat-eurs-rices ont pu interagir lors des discussions post-projection.

Wir freuen uns auch, euch mitteilen zu können, dass ihr ab sofort bei Uniprint auch mit Twint bezahlen könnt! So könnt ihr eure Polycopié auch holen, wenn ihr mal kein Bargeld dabei haben solltet. Bezüglich Twint sind wir auch im Gespräch mit der Mensa. Die Einführung gestaltet sich etwas kompliziert, wir sind aber zuversichtlich, dass bald auch in der Mensa mit Twint bezahlt werden kann.

Pour conclure, le comité tient à vous remercier pour votre participation aux événements de la Fachschaft Jus. Votre présence fidèle assure une vie facultaire des plus riches, au-delà du programme académique.

Votre comité de la Fachschaft Jus

Euer Vorstand der Fachschaft Jus



**QUID?**  
Fribourg  
Law Review



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

