

QUID?

Fribourg Law Review

ARTICLES

Droit ou devoir de communication : le dilemme de l'intermédiaire financier

Emmanuel Chouchena

Are autonomous weapons allowed under international law?

Flore Dikkers

L'art. 3 CEDH et la question de la surpopulation carcérale en Suisse

Mathilde Gabrielle Rapin

CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Assistenzprofessor Pascal Rey

Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht III der Universität Freiburg i. Ü.



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

EDITORIAL 4

ARTICLES

Droit ou devoir de communication : le dilemme de l'intermédiaire financier 6
Emmanuel Chouchena

Are autonomous weapons allowed under international law? 12
Flore Dikkers

L'art. 3 CEDH et la question de la surpopulation carcérale en Suisse 18
Mathilde Gabrielle Rapin

PHD CANDIDATE 24

Pretrial Discovery: A Bane to Cross Country Litigation
Srinanda Brügger Bose

CAREER SPOTLIGHT 29

Interview mit Assistenzprofessor Pascal Rey
Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht III der Universität Freiburg i. Ü.

LEADING CASES 35

ADAST 40

Le stage d'avocat.e à Fribourg
Nina Hochstetter

Werte Leserschaft

Zum Beginn des neuen Semesters freuen wir uns, Ihnen die 21. Ausgabe der QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW präsentieren zu dürfen. Es ist eine große Freude, das akademische Leben an der Universität Freiburg allmählich wieder aufleben zu sehen und unsere Zeitschrift in den Händen der Studierenden zu entdecken. Wir hoffen aufrichtig, dass diese Ausgabe Sie mit ihren interessanten Artikeln, dem faszinierenden Interview und der Analyse der neuesten Bundesgerichtsentscheide fesseln wird.

Als Zeitschrift fördern wir von QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW seit nun bald 10 Jahren Studierende, welche Mut und Originalität zeigen. Wir ermöglichen den Studierenden, die Früchte ihrer stundenlangen Bibliotheksbesuche nicht nur universitätsintern zu ernten, sondern mit einer Publikation schweizweit Praktiker:innen zur Verfügung zu stellen.

Diese 21. Ausgabe von QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW behandelt unterschiedliche Themen wie das Bankenrecht und internationales Recht.

Die vorliegende Ausgabe beginnt mit einem spannenden Artikel von EMMANUEL CHOUCHEA, der sich Pflicht – oder ist es nur ein Recht? – von Finanzintermediären widmet, im Kampf gegen Geldwäscherei teilzunehmen. Das Verhältnis zwischen Art. 3 EMRK und den überfüllten Gefängnissen der Schweiz wird im Beitrag von MATHILDE RAPIN behandelt. Schliesslich wird im Beitrag von FLORE DIKKERS der Frage nachgegangen, ob autonome Waffensysteme erlaubt sein sollten oder nicht.

Wir freuen uns, dass uns Prof. Dr. PASCAL REY im Interview einen Einblick in seinen Werdegang sowie seinen Alltag als Professor gibt.

Sodann empfehlen wir Ihnen die Lektüre unserer Rubrik *PhD Candidate*. Darin erläutert SRINANDA BRÜGGER BOSE, Doktorandin unter der Leitung von Professor PASCAL PICHONNAZ, das Konzept der Pretrial Discovery, eine in den Common-Law-Ländern bestehende Verfahrensvoraussetzung.

In der Rubrik *Leading Cases* bietet *LawInside* einen spannenden Einblick in einige aktuelle wegweisende Gerichtsurteile. Wir möchten allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von *LawInside* unseren aufrichtigen Dank für ihre herausragende und beständige Zusammenarbeit aussprechen.

Diese Zeitschrift wäre ohne die wertvolle Unterstützung zahlreicher Personen und Organisationen nicht möglich. Wir möchten unseren aufrichtigen Dank an unsere Faculty Advisors, Professorin ISABELLE CHABLOZ und Professor BASILE CARDINAUX, für ihr kontinuierliches Engagement und ihre Unterstützung bei der Erstellung dieser Ausgabe aussprechen. Ebenso danken wir der AGEF, dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, der Stiftung für Schweizerisches Straßenverkehrsrecht, der Stiftung Helmuth M. Merlin sowie der Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung. Ihr Vertrauen und ihre großzügigen Beiträge ermöglichen es uns, jede Ausgabe dieser Zeitschrift zu veröffentlichen.

Wir wünschen Ihnen viel Freude beim Lesen dieser 21. Ausgabe der QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW und freuen uns auf Ihr Feedback.

Das Redaktionskomitee

Cher lectorat,

En cette rentrée, nous avons le plaisir de vous dévoiler la 21^e édition de la QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW. Quelle joie de retrouver progressivement la vie académique de l'Université de Fribourg et d'apercevoir notre revue dans les mains des étudiant.e.s. Nous espérons sincèrement que ce numéro vous captivera avec ses articles intéressants, son interview fascinante et son analyse des récents arrêts du Tribunal fédéral.

Depuis bientôt 10 ans, en tant que revue QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW, nous encourageons les étudiant.e.s qui font preuve de courage et d'originalité. Nous permettons aux étudiants de récolter les fruits de leurs longues heures passées à la bibliothèque, non seulement au sein de l'université, mais aussi de les mettre à la disposition des praticiens à l'échelle nationale grâce à une publication.

Cette 21^e édition de QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW aborde des thèmes diversifiés tels que le droit bancaire et le droit international.

La présente édition s'ouvre sur un article passionnant d'EMMANUEL CHOUCENA qui se consacre dans son article à l'obligation – ou est-ce un simple droit ? – des intermédiaires financiers à participer à la lutte contre le blanchiment d'argent. La relation entre l'art. 3 CEDH et les prisons surpeuplées de la Suisse est traitée dans l'article de MATHILDE RAPIN. Enfin, FLORE DIKKERS aborde la question de savoir si les systèmes d'armes autonomes devraient être autorisés ou non.

Dans l'*interview* de cette 21^e édition, nous sommes très heureux que le Prof. Dr. PASCAL REY nous donne un aperçu de son parcours et de son quotidien en tant que professeur.

Nous vous recommandons la lecture de notre rubrique *PhD Candidate*. SRINANDA BRÜGGER BOSE, doctorante sous la direction du Professeur PASCAL PICHONNAZ, y développe la notion de pretrial discovery, une exigence procédurale existant dans les pays de Common Law.

Dans la section *Leading Cases*, *LawInside* offre un regard captivant sur plusieurs récentes

jurisprudences qui ont marqué l'actualité.

Nous tenons également à exprimer notre profonde gratitude à tous les collaborateurs et collaboratrices de *LawInside* pour leur engagement remarquable et continu.

Cette revue n'existerait pas sans le précieux soutien de nombreuses personnes et associations. Nous exprimons notre profonde gratitude à nos Faculty Advisors, la Professeure ISABELLE CHABLOZ et le Professeur BASILE CARDINAUX, pour leur engagement constant et leur disponibilité lors de la préparation de cette édition. Nous tenons également à remercier l'AGEF, l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, la Fondation pour le droit suisse de la circulation routière, la Fondation Helmuth M. Merlin ainsi que la Fondation Peter Jäggi-Gedächtnisstiftung. Leur confiance et leurs généreuses contributions rendent chaque semestre la publication de cette revue possible.

Nous vous souhaitons une bonne lecture de cette 21^e édition de QUID? – FRIBOURG LAW REVIEW et nous réjouissons de vos retours

Le Comité éditorial

Droit ou devoir de communication : le dilemme de l'intermédiaire financier

Emmanuel Chouchena (MLaw, Université de Fribourg)

Dieser Artikel untersucht die Komplexität der Pflichten von Finanzintermediären im Kampf gegen die Geldwäscherei - insbesondere die Beziehung zwischen dem Recht, Wahrnehmungen, die auf einen unrechtmässigen Ursprung der Vermögenswerte schliessen lassen, mitzuteilen (Art. 305ter Abs. 2 StGB) und der Pflicht einen begründeten Verdacht zu melden (Art. 9 GwG). Durch die Analyse der jüngsten Rechtsprechung und verschiedener Lehrmeinungen stellt der Autor die Schwierigkeiten fest, diese beiden Begriffe zu unterscheiden und die Unwirksamkeit, die sich aus ihrer Überlappung ergibt. Der Autor stellt auch zwei kürzliche Urteile des Bundesgerichts in den Vordergrund, die seiner Meinung nach nicht ausreichen, um die Situation wirklich zu klären.

Introduction

Avocats, banquiers, gestionnaires de fortune : de nombreux professionnels endossent le rôle d'intermédiaires financiers. Ces derniers sont majoritairement soumis à des obligations de confidentialité envers leurs clients ; ils encourent des sanctions pénales et contractuelles en cas de violation du secret professionnel. De surcroît, en rompant la relation d'affaires avec le client à la suite de suspicions, l'intermédiaire financier court le risque de rompre le *paper trail* et d'enfreindre les dispositions pénales relatives au blanchiment d'argent¹.

L'art. 305^{ter} al. 2 CP prévoit une solution à ce dilemme en autorisant les intermédiaires financiers à communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP. Lorsque ces soupçons sont « fondés », l'intermédiaire financier a alors

l'obligation d'en informer le MROS conformément à l'art. 9 LBA. La difficulté de ce système réside dans le fait que la distinction entre ces deux cas de figure est sujette à confusion, notamment dans la gradation entre le soupçon « simple » et le soupçon « fondé ». Dans la présente contribution, nous tâcherons de présenter ces deux notions et de délimiter les contours du régime de communication au MROS sur la base de différents avis doctrinaux et de la jurisprudence récente du TF.

I. Le droit de l'art. 305^{ter} al. 2 CP

Lorsque l'intermédiaire financier est en présence d'éléments fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, il a le droit de les communiquer (art. 305^{ter} al. 2 CP)². Cette disposition permet aux intermédiaires financiers de « communiquer aux autorités compétentes leurs observations, leurs doutes, et toutes pièces utiles qui les ont amenés [...] à penser que les fonds qui leur ont été remis sont d'origine criminelle »³. *A contrario* du devoir de l'art. 9 LBA et conformément au titre marginal de l'art. 305^{ter} CP, la disposition confère à l'intermédiaire financier un droit auquel il peut librement renoncer⁴.

Le principal critère de distinction entre les deux normes examinées dans le présent article réside dans l'intensité des soupçons connus par l'intermédiaire financier. Selon le CF, « [i] ne s'agit [...] ni de „preuves“ au sens strict, ni de suppositions ou d'impressions vagues »⁵. Il doit plutôt être en possession « d'éléments fondés de suspicion » pouvant être étayés auprès des autorités de poursuite pénale⁶. Par conséquent,

¹ Message du CF du 30 juin 1993 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (Révision du droit de la confiscation, punissabilité de l'organisation criminelle, droit de communication du financier), FF 1993 III 269, p. 315 (ci-après : « Message droit de communication »).

² *Idem*, p. 317 ; U. CASSANI, Droit pénal économique : éléments de droit suisse et transnational, Bâle 2020, n° 7.158 ; G. STRATENWERTH/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7^e éd., Berne 2013, §57 n° 60.

³ Message droit de communication, p. 317.

⁴ CASSANI (n. 2), n° 7.157.

⁵ Message droit de communication, p. 317.

⁶ *Ibidem* ; v. eg. A. M. GARBARSKI/Y. CONTI, Système de communication MROS : quo vadis ?, in : A. Macaluso et al. (édit.), Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, Berne 2022, p. 15 ss, p. 23.

l'intermédiaire financier qui détient de tels éléments fondés de suspicion est autorisé à les communiquer sans devoir effectuer d'investigations plus approfondies en amont.

Néanmoins, la doctrine reste partagée en ce qui concerne l'intensité des soupçons nécessaires à fonder ce droit de communication. D'après EGGER TANNER, l'art. 305^{ter} al. 2 CP permet de signaler toute perception qui pourrait indiquer l'origine délictueuse des valeurs patrimoniales en question⁷. À l'inverse, KISTLER considère que le soupçon doit être sérieux, afin d'éviter une déclaration « faite à la légère », sans pour autant exiger une conviction absolue de l'origine criminelle des fonds⁸. En effet, un seuil trop bas expose les personnes injustement soupçonnées à de graves conséquences⁹. À mi-chemin entre ces deux auteurs, VON GLEICHENSTEIN propose une solution intermédiaire en préconisant de s'inspirer du degré de soupçon nécessaire pour établir un blanchiment d'argent par dol éventuel¹⁰. Le MROS, quant à lui, soutient dans son rapport annuel de 2012 qu'une simple probabilité, un doute ou un sentiment de malaise suffisent à retenir un « élément fondé de suspicion » au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP¹¹. Cette approche est toutefois sévèrement critiquée par la doctrine pour son caractère approximatif et éloigné du texte légal¹².

En définitive, il semble exister autant d'interprétations de la notion d'élément fondé de suspicion que d'auteurs de doctrine. Il paraît ainsi complexe d'établir

quelle solution est la bonne, bien que la proposition de VON GLEICHENSTEIN nous paraisse constituer un juste milieu entre les différents avis. En effet, un seuil trop bas irait à l'encontre de la volonté du CF qui ne souhaitait pas que l'art. 305^{ter} al. 2 CP représente une « autorisation générale de divulguer des informations confidentielles ou de dénoncer autrui »¹³. À l'inverse, un seuil trop élevé risquerait de brouiller la distinction entre les situations où l'intermédiaire financier a le droit de communiquer ses soupçons et celles où il en a l'obligation. Les risques associés à cette confusion seront examinés ci-dessous (*infra* III). À notre avis, le législateur doit donc réaliser un véritable exercice d'équilibriste afin de fixer un seuil d'intensité de « l'élément fondé de suspicion » au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP qui ne soit ni trop bas pour être conforme aux objectifs de la norme, ni trop élevé au point de lui faire perdre son utilité pratique.

II. Le devoir de l'art. 9 LBA

A. La notion

À la suite de l'adoption de l'art. 305^{ter} al. 2 CP, le législateur a instauré à l'art. 9 LBA un devoir de communication de l'intermédiaire financier¹⁴. Cette disposition énumère un certain nombre de motifs fondant ce devoir de communiquer, le principal étant le cas où l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de « soupçons fondés », que les valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié¹⁵. La violation de ce devoir est réprimée à l'art. 37 LBA par une amende. L'art. 11 LBA vient compléter ce régime par une exclusion de la responsabilité pénale et civile en cas de communication de bonne foi¹⁶. Alors que l'art. 305^{ter} al. 2 CP requiert un « élément fondé de suspicion » l'art. 9 LBA nécessite un « soupçon fondé ». Selon le CF, un soupçon est « fondé » lorsqu'il existe « un signe concret ou plusieurs indices qui font craindre une origine criminelle des valeurs patrimoniales »¹⁷. Pour

⁷ C. EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei – Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, thèse, Zurich 1999, p. 305.

⁸ M. KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières – Étude de l'article 305^{ter} du Code pénal suisse, thèse Lausanne, Zurich 1994, p. 259.

⁹ *Ibidem* ; du même avis : N. C. Herren, L'obligation de communiquer : les « soupçons fondés » de l'art. 9 LBA, SJ 2019 II p. 107 ss, p. 124.

¹⁰ N. VON GLEICHENSTEIN, Strafrechtliche Bankhaftung – Anforderungen an organisatorische Vorkehrungen der Banken zur Verhinderung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB, thèse, Berne 2011, p. 108.

¹¹ Rapport annuel du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, 2012, in : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/kriminalitaet/geldwaesche-rei/jabe/jb-mros-2017-f.pdf.download.pdf/jb-mros-2017-f.pdf> (consulté le 7 avril 2024), p. 10 ; v. eg : GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 24.

¹² C. LOMBARDINI, Banques et blanchiment d'argent, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, n° 605 ; MATTHEY, (n. 21), p. 128.

¹³ Message droit de communication (n. 1), p. 317.

¹⁴ B. CORBOZ, Les infractions en droit suisse – Vol. II, 3^e éd., Berne 2010, p. 652 n° 14.

¹⁵ CASSANI (n. 2), n° 7.158 ; L. GERBER, Droit et obligation de communiquer, in : T. Erez/F. Giorgetti Nasciuti (édit.), Compliance Management – Una guida per il settore finanziario, Bâle 2010, p. 241 ss, p. 248.

¹⁶ GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 23.

¹⁷ Message du CF du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le

que le soupçon soit fondé, il n'est pas nécessaire qu'il « confine à la certitude »¹⁸, ou qu'il atteigne un niveau de probabilité déterminé¹⁹.

B. La jurisprudence du TF

Le TF est venu perturber le *statu quo* dans un arrêt de 2008 qui a compliqué davantage l'évaluation de l'intensité du soupçon nécessaire pour provoquer l'obligation de communication de l'art. 9 LBA. En effet, notre Haute Cour a jugé, dans un arrêt non publié, qu'un « simple doute » suffit à ce que l'intermédiaire financier ait l'obligation de communiquer ses soupçons au MROS en vertu de l'art. 9 LBA²⁰. Cet abaissement du seuil déclenchant l'obligation de communiquer a été vivement critiqué par la doctrine²¹, à raison selon nous. En effet, cet arrêt prête à confusion et va à l'encontre de la volonté du législateur²² qui souhaitait fixer un seuil relativement élevé pour atteindre le soupçon fondé²³.

Deux arrêts récents du TF se sont penchés une nouvelle fois sur cette question. Le premier a conclu que l'interprétation large de la notion de « soupçon fondé » était conforme au principe de la légalité, et que cette interprétation « n'est pas extensive au point de modifier de manière substantielle les conditions d'application de l'art. 9 LBA »²⁴. Le second arrêt indique que le « simple doute » susmentionné doit d'abord être clarifié au sens de l'art. 6 al. 2 LBA, et ne suffit pas à lui seul pour déclencher l'obligation de communiquer²⁵. À notre avis, ces deux arrêts semblent atténuer l'effet de la décision de 2008 et son interprétation préoccupante du « simple doute ». Néanmoins, nous partageons l'opinion de GARBARSKI

et CONTI, qui regrettent que le TF n'apporte pas davantage de clarté concernant cette situation incertaine²⁶. Dans ces arrêts, le TF se contente, à notre avis, de préciser ce que l'on pouvait déjà déduire de sa jurisprudence antérieure et de l'art. 9 al. 1^{quater} LBA, alors qu'on aurait pu s'attendre à ce qu'il infirme ouvertement son interprétation de l'arrêt de 2008 ou qu'il éclaircisse la situation une fois pour toutes. En tout état de cause, notre Haute Cour commence son analyse, tant en 2021 qu'en 2023, en rappelant que « la notion de « soupçons fondés » est sujette à interprétation²⁷ ». Cette affirmation souligne une fois de plus le caractère nébuleux de la qualification du soupçon nécessaire à l'application de l'art. 9 LBA.

III. L'articulation entre droit et devoir de communication

L'art. 305^{ter} al. 2 CP ne s'applique que dans les cas où il n'y a pas d'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA²⁸. Il est alors crucial de déterminer où se situe la limite entre ces deux dispositions. Selon la doctrine, l'art. 305^{ter} al. 2 CP et l'art. 9 LBA ne s'opposent pas, mais constituent en fait deux étapes d'une même gradation dans le sens de l'aggravation du soupçon²⁹. Le CF semble être du même avis lorsqu'il défend que le droit de communication au sens de l'art. 305^{ter} al. 2 CP et l'obligation de communiquer de l'art. 9 LBA « doivent être compris comme des degrés différents d'une même conception »³⁰. Outre la dénomination (« éléments fondés de suspicion » et « soupçons fondés ») qui peut prêter à confusion, il est en réalité très complexe de distinguer clairement les degrés de soupçon nécessaires à l'application de ces deux dispositions. Cela n'est guère surprenant, dès lors que le soupçon est une notion hautement subjective et qu'il semble alors pratiquement impossible de définir des critères uniformes et exhaustifs³¹. Ce qui peut être « fondé » pour un intermédiaire financier ne l'est pas nécessairement pour son collègue³².

secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA), FF 1996 II 1057, p. 1086 (ci-après : « Message LBA »).

¹⁸ *Ibidem* ; TF, arrêt du 5 décembre 2023, 6B_1176/2022 c. 4.2.2.

¹⁹ CASSANI (n. 2), n° 7.135.

²⁰ TF, arrêt 4A_313/2008 du 27 novembre 2008 c. 4.2.2.3 ; confirmé par l'arrêt 1B_433/2017 du 21 mars 2018 c. 4.9 ; v. ég : HERREN (n. 9), p. 117 ss.

²¹ HERREN (n. 9), p. 107 s ; M. KUSTER, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, Jusletter du 26 juin 2017, n° 29 ; S. MATTHEY, La communication de soupçons au MROS : du droit à l'obligation, RSDA 2/2018 p. 125 ss, p. 129 s.

²² Message LBA, p. 1086 ss ; BO 1997, n° 325.

²³ Du même avis : GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 27 ; HERREN (n. 9), p. 126 ; KUSTER (n. 21), n° 29 ; MATTHEY (n. 21), p. 129 s.

²⁴ ATF 147 IV 274 [fr.] c. 2.3.2, non publié au JdT.

²⁵ TF, arrêt du 5 décembre 2023, 6B_1176/2022 c. 4.2.2 ; v. eg : ATF 147 IV 274 [fr.] c. 2.1.3, non publié au JdT.

²⁶ GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 37.

²⁷ ATF 147 IV 274 [fr.] c. 2.1.3, non publié au JdT ; TF, arrêt du 5 décembre 2023, 6B_1176/2022 c. 4.2.2.

²⁸ STRATENWERTH/BOMMER (n. 2), §57 n° 59.

²⁹ KUSTER (n. 21), n° 15 ; S. ORDOLLI, Le bureau de communication en matière de blanchiment d'argent : évolution récente et perspectives, in : Augsburger-Bucheli Isabelle (édit.), Blanchiment d'argent : actualité et perspectives suisses et internationales, Genève/Paris 2014, p. 45 ss, p. 69 ; VON GLEICHENSTEIN (n. 10), p. 106.

³⁰ Message LBA, p. 1087.

³¹ KUSTER (n. 21), n° 36 ; ORDOLLI (n. 29), p. 67.

³² ORDOLLI (n. 29), p. 68.

Le caractère imprécis de la notion de soupçon a été critiqué tant par le MROS en 2007³³, que par le GAFI en 2016³⁴. Le MROS préconise de ne pas ériger de barrières excessivement élevées pour la communication de soupçons fondés au sens de l'art. 9 LBA³⁵. L'autorité considère que le soupçon devrait être fondé lorsque, à la suite de clarifications supplémentaires au sens de l'art. 6 LBA, « l'intermédiaire financier présume ou du moins ne saurait exclure que les valeurs patrimoniales sont d'origine criminelle »³⁶. Notons toutefois un développement positif : le nouvel art. 9 al. 1^{quater} LBA va dans ce sens et permet donc de tempérer les inquiétudes du MROS à cet égard.

Le GAFI, quant à lui, recommande de clarifier le cadre législatif dans l'optique de préciser la distinction entre droit et obligation de communiquer et surtout d'éviter qu'un même degré de soupçon relève de deux régimes juridiques³⁷. De plus, en 2013, un rapport du Secrétariat d'État aux questions financières internationales avait proposé de supprimer l'art. 305^{ter} al. 2 CP en réponse aux recommandations du GAFI à ce sujet³⁸. Ce dernier a toutefois été vivement critiqué en procédure de consultation et n'a finalement pas été retenu³⁹. Au demeurant, le récent Message concernant la modification de la LBA a confirmé le souhait du CF de conserver l'art. 305^{ter} al. 2 CP dans sa forme actuelle, tout en cherchant à clarifier la distinction entre droit et devoir de communiquer par le biais du nouvel art. 9 al. 1^{quater} LBA⁴⁰. Celui-ci codifie l'interprétation

jurisprudentielle de la notion de « soupçons fondés » à la manière de l'art. 20 OBA⁴¹. Bien que cette disposition aille dans la bonne direction, elle nous semble insuffisante pour dissiper la confusion existante.

En définitive, nous constatons que la distinction entre droit et devoir n'est toujours pas clairement établie et que malgré de nombreux rapports, recommandations et modifications législatives, on peine encore à déterminer avec précision où le seuil se situe. La doctrine reste critique concernant le caractère imprécis de cette distinction⁴². D'un point de vue pratique, ORDOLLI rapporte qu'une analyse d'un échantillon de communications reçues par le MROS en 2012 démontre qu'il arrive que l'art. 9 LBA soit invoqué pour communiquer des soupçons simples, et que l'art. 305^{ter} al. 2 CP soit utilisé pour transmettre des soupçons fondés⁴³. Encore une preuve qu'en l'état, il est bien difficile pour l'intermédiaire financier de se départir de ce double régime. Étant donné l'absence de consensus sur la limite entre le droit et le devoir de communication, l'intermédiaire se considérera certainement dans une situation de devoir et communiquera systématiquement ses doutes afin de minimiser son risque⁴⁴. Dans ces circonstances, il est légitime de craindre que, comme l'exprime CHAPUIS, le droit de communication de l'intermédiaire financier devienne « lettre morte⁴⁵ ».

Conclusion

Cet article démontre que les rapports entre le droit de communiquer de l'art. 305^{ter} al. 2 CP et le devoir de communiquer de l'art. 9 LBA sont pour le moins complexes. En l'état actuel de la conception jurisprudentielle du « soupçon fondé », le seuil est fixé tellement bas qu'il est quasiment impossible de le distinguer de « l'élément fondé de suspicion », ce qui semble faire perdre son intérêt à l'art. 305^{ter} al. 2 CP. Les intermédiaires financiers ont tout intérêt à communiquer les indices en leur possession pour éviter des poursuites au sens des art. 9 et 37 LBA. Sachant que l'art. 305^{ter} al. 2 CP ne se veut pas une autorisation générale de divulguer des informations

³³ Rapport annuel du Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent MROS, 2007, in : <https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/fr/data/kriminalitaet/geldwaesche-rei/jabe/jb-mros-2007-f.pdf.download.pdf/jb-mros-2007-f.pdf> (consulté le 7 avril 2024), p. 3 (ci-après : « Rapport MROS 2007 »).

³⁴ GAFI : Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme – Suisse – Rapport d'évaluation mutuelle – Décembre 2016, in : <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/mer/mer-suisse-2016.pdf.coredownload.pdf> (consulté le 7 avril 2024), p. 113 ; v. eg : GARBARSKI/CONTI (n. 6), p. 29 (ci-après : « Rapport GAFI »).

³⁵ Rapport MROS 2007, p. 3.

³⁶ *Ibidem* ; v. eg : HERREN (n. 9), p. 121 ; MATTHEY (n. 21), p. 128 ; ORDOLLI (n. 29), p. 67.

³⁷ Rapport GAFI, p. 113.

³⁸ cf. MATTHEY (n. 21), p. 127.

³⁹ SFI, Mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 – Rapport sur les résultats de la procédure de consultation (du 27 février au 1^{er} juillet 2013), in : https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6012/145/cons_1/doc_6/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6012-145-cons_1-doc_6-fr-pdf-a.pdf (consulté le 7 avril 2024), p. 56 s.

⁴⁰ Message du CF du 26 juin 2019 concernant la modificati-

on de la loi sur le blanchiment d'argent, FF 2019 p. 5237 ss, p. 5264.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² J-P. CHAPUIS, Le droit de communication du financier, RPS 1995 p. 256 ss, p. 264 ; STRATENWERTH/BOMMER (n. 2), §57 n° 60 ; VON GLEICHENSTEIN (n. 10), p. 108.

⁴³ ORDOLLI (n. 29), p. 70.

⁴⁴ CHAPUIS (n. 42), p. 271 ; HERREN (n. 9), p. 126.

⁴⁵ CHAPUIS (n. 42), p. 271.

confidentielles ou de dénoncer autrui, le système actuel va à l'encontre de la volonté du législateur. Il y a donc matière à s'inquiéter de l'ineffectivité de la coexistence entre ces deux dispositions légales et de l'instabilité qui découle de leurs contours mal définis.

Nous partageons l'opinion de GERBER, selon lequel, en gardant à l'esprit l'objectif principal de tout ce dispositif, l'important est que les soupçons soient dénoncés, peu importe la voie choisie⁴⁶. Cependant, du point de vue de la sécurité juridique et de l'applicabilité pratique du système, une telle confusion entre droit et devoir nous semble préoccupante. À notre avis, une révision législative s'impose pour véritablement clarifier la situation.

⁴⁶ GERBER (n. 15), p. 252.



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

**UNI
FR**
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

SCHWEIZERISCHE BAURECHTSTAGUNG

JOURNÉES SUISSES DU DROIT DE LA CONSTRUCTION

DEUTSCH

28./29. Januar oder
4./5. Februar 2025
Universität Freiburg

FRANÇAIS

30/31 janvier 2025
Université de Fribourg

... für alle, die bauen. Seit 50 Jahren.

... pour tous ceux qui construisent. Depuis 50 ans.

2025

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/ius/baurecht baurecht@unifr.ch www.unifr.ch/ius/droitconstruction droitconstruction@unifr.ch

Should autonomous weapons be allowed under international law?

Flore Dickers (MLaw student, Université de Fribourg)

Les conflits armés font partie de l'existence humaine. Le droit international humanitaire est né dans la deuxième moitié du XIX^e siècle. Depuis lors, de plus en plus d'instruments ont été créés afin de tenter d'établir un équilibre entre l'humanité et les principes militaires. Un certain nombre de principes clés ont été établis afin de veiller à ce que les effets des conflits armés ne soient pas trop dévastateurs. En parallèle, la technologie a progressé et les armes aussi. La possibilité de disposer d'armes entièrement autonomes est devenu une menace imminente pour les conflits dans le monde entier. Ces armes posent de nouveaux défis notamment en termes de proportionnalité et de responsabilité. Est-ce raisonnable d'autoriser de telles armes ? Ces questionnements s'élèvent la nécessité d'examiner la compatibilité de ces nouvelles technologies d'armement avec les principes de droit international humanitaire existant, ceci afin de déterminer si elles pourront s'y conformer et, par extension, comment elles pourront être utilisées dans le futur.

Introduction

The law on armed conflict, also known as International humanitarian law (IHL), accepts the fact that war is a part of human existence. Instead of outlawing conflict, it seeks to establish a balance between humanity and military principles¹. The law on armed conflict evolves in response to experiences with new types of warfare. As weapons and other means of warfare continue to be developed so does the legislation². A party is not free to choose whichever means of warfare they want³. IHL is largely laid down by the four 1949 Geneva Conventions and its two additional protocols⁴,

and the Law of The Hague⁵, as well as by customary international law⁶. Customary international law is unwritten, it derives from widespread practices that become accepted as laws⁷.

Over the years, IHL has prohibited or restricted the use of certain weapons⁸, an example of such legislation is the Chemical Weapons Convention⁹. Should the same apply to autonomous weapons? In this paper we will review the definition of such weapons and explore whether or not they should be allowed in international law.

We will begin by defining autonomous weapons and differentiate them from other types of weapons (in-

the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 1949 (cited: GCII) ; Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, 1949 (cited: GCIII) ; Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949 (GCIV) ; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977 (cited: AP I) ; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1977 (cited: AP II).

⁵ Hague Convention (I) on Hospital Ships, 1904 ; Hague Convention (II) on the Laws and Customs of War on Land, 1899 (cited: HC II) ; Hague Convention (III) on the Opening of Hostilities, 1907 ; Hague Convention (IV) on War on Land and its Annexed Regulations, 1907 ; Hague Convention (V) on Neutral Powers in case of War on Land, 1907 ; Hague Convention (VI) on Enemy Merchant Ships, 1907 (cited : HC VI) ; Hague Convention (VII) on Conversion of Merchant Ships, 1907 ; Hague Convention (VIII) on Submarine Mines, 1907 ; Hague Convention (IX) on Bombardment by Naval Forces, 1907 ; Hague Convention (XI) on Restrictions of the Right of Capture, 1907 ; Hague Convention (XIII) on Neutral Powers in Naval War, 1907 ; Hague Convention for the Protection of Cultural Property, 1954.

⁶ CASEY-MASLEN, p. 263.

⁷ International Committee of The Red Cross, *Customary international Law*, 29 October 2010, in : <<https://www.icrc.org/en/document/customary-international-humanitarian-law-0>> (accessed 25.5.2024).

⁸ *Idem*, p. 261-262.

⁹ Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 1993 (cited: CWC).

¹ A. HENRIKSEN, *International Law*, 3rd edn, Oxford 2021, p. 274 ; International Expert Meeting, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities Under International Humanitarian Law* (report edited by Laurent Gisel (ICRC)), Quebec 2016, p. 5.

² HENRIKSEN, p. 274.

³ S. CASEY-MASLEN, *Weapons*, in: Ben Saul and Dapo Akande (eds), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford 2020, p. 263.

⁴ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 1949 (cited: GCI) ; Geneva Convention (II) for the Amelioration of

fra I). Subsequently, we will review the existing legal framework surrounding the use of weapons (infra II) and finally, consider the problems stemming from the possibility of having and using autonomous weapons (infra III).

I. Defining autonomous weapons

Weapons are essential to the use of force and yet neither the Geneva Conventions nor the rules of the Hague provide a universally accepted definition of what a weapon under international law is. “Weapons” seems to be a rather broad term encompassing knives as well as guns or explosive devices¹⁰. Some instruments, such as the previously mentioned Chemical Weapons Convention, include articles that explicitly define the weapons they cover (art. 2 CWC).

With the progress of weapon technology, we have reached a stage where the person launching the weapon no longer needs to be physically present at the location of the deployment¹¹. There are multiple levels of autonomy a weapon can have. The level of autonomy can be quite limited to where it simply involves the weapon’s ability to return to its base if a malfunction occurs¹². Higher levels of autonomy exist in remotely controlled systems such as armed drones, where the operator can remotely release a missile or projectile while being nowhere the location of the attack¹³. For example, the “Reaper”, which was until recently considered the world’s deadliest drone, with its ability to self-navigate, find, and attack targets using laser guided technology¹⁴.

Currently we are entering a new era of technology: the development of fully autonomous weapons¹⁵. A fully autonomous weapon can be defined as a weapon that, once engaged, does not require any human in-

tervention to select targets and attack¹⁶. An automatic weapon system (AWS) uses AI to analyze information from the surrounding environment received through sensors and utilizes a pre-defined target profile to carry out the required action. The key differentiation between this category of weaponry and others is that the operator does not choose or even know when or what the autonomous weapon will attack¹⁷. In 2021, a report by the United Nations Panel of Experts on Libya recorded the use of lethal AWS engaging retreating convoys. These were programmed to strike targets without needing data connectivity between the operator and the munition¹⁸.

II. Legal Framework

In the Advisory Opinion on nuclear weapons, the International Court of Justice (ICJ) referred to two cardinal principles of IHL : the principle of distinction and the prohibition against unnecessary suffering¹⁹. Both of these refer to the basic principle of international law that states that the “right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited” (art. 22 HC IV).

The principle of distinction (arts. 48 and following AP I) obliges parties to distinguish between on one side, combatants, and military objectives, and on the other, civilians and civilian objectives²⁰. The definition

¹⁰ CASEY-MASLEN, p. 261.

¹¹ C. HEYNS, *Autonomous weapons in armed conflict and the right to a dignified life: an African perspective*, South African Journal on Human Rights (2017) 33:1, p. 47.

¹² Human Rights Watch, *Losing Humanity : The Case against Killer Robots*, 2012, p. 6.

¹³ HEYNS, p. 47.

¹⁴ H. BROLLOWSKI, *Military Robots and the Principle of Humanity: Distorting the Human Face of the Law?*, in: Mariëlle Matthee et al. (eds.), *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face*, The Hague 2013, p. 62.

¹⁵ HEYNS, p. 47.

¹⁶ K. ANDERSON / M.C. WAXMAN, Debating autonomous weapon systems, their ethics, and their regulation under international law, in: Roger Brownsword, Eloise Scotford and Karen Yeung (eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, Oxford 2017, p. 1100 ; HENRIKSEN, p. 288 ; HEYNS, p. 46 ; L. LEMA, *La guerre en Ukraine durcit les discussions sur les “robots tueurs, Le Temps*, Geneva, 2022.

¹⁷ International Committee of the Red Cross, ICRC Position on Autonomous Weapons Systems, S/2021/229, 2021, <<https://www.icrc.org/en/document/icrc-position-autonomous-weapon-systems>> (accessed 25.9.2023).

¹⁸ UN Security Council, Final report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011), 8 March 2021, in :<<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/037/72/pdf/n2103772.pdf?token=HH-dl4VqXa4nraN6cyB&fe=true>> (accessed 25.5.2024).

¹⁹ Legal Consequences of the Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996) 226, para 78.

²⁰ BOULANIN et al., p. 4 ; E. CANNIZZARO, Proportionality in the law of armed conflict, in: Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford 2010, p. 335 ; CASEY-MASLEN, p. 263 ; HENRIKSEN, p. 285.

of military objectives is found in art. 52(2) of AP I. If there is any doubt on the qualification of an object, it must be assumed that it is a civilian object²¹. Attacks on military objectives are permitted as long as the damage to civilian and/or civilian objects (collateral damage or incidental harm) is not excessive in comparison to the expected military advantage (art. 51 (3) AP I). It must be proportionate since indiscriminate and disproportionate attacks are prohibited²². Even if a weapon is targeted at a military objective the rule of proportionality must be respected²³. The principle of proportionality is codified in art. 51(5)(b) AP I and complements the principle of distinction²⁴. The assessment of the respect of this principle depends on value judgment at context specific times of attack²⁵. This principle seeks to reduce the impact of armed attacks on protected persons and civilians²⁶.

The prohibition against unnecessary suffering forbids States to use weapons which cause unnecessary harm or uselessly worsen suffering²⁷. This means parties do not have the right to use any means of warfare²⁸, as explicitly prohibited by art. 23 HC IV, as well as art. 35(2) AP I.

In accordance with both of these principles, weapons with effects that cause harm greater than the unavoidable are prohibited²⁹. When a new weapon is deemed to cause excessive harm, states have come together to seek to restrict and/or prohibit these weapons using treaty negotiations³⁰. States have an obligation to review new weapons and determine whether they are compliant with international law as codified by art. 36 AP I. In order for a weapon to be allowed, it

must be both legal and used in a legally compliant manner³¹. It is also important to note that a violation of IHL does not have to result from an obligation contained in an existing treaty or convention³². Experts agree that this clause, known as the Martens Clause³³, can be applied to weapon law as well³⁴. The clause was first introduced in the preamble of the 1899 HC II. It was proposed by Fyodor Fyodorovich Martens to address the concerns of small states and avoid deadlock. Indeed, during the negotiations, small states objected to articles favoring occupying powers, as they were more likely to be occupied rather than occupiers³⁵. The ICJ also expressed that the Martens Clause “has proved to be an effective mean of addressing the rapid evolution of military technology”³⁶.

International criminal law is a fairly recent aspect of international law. Its goal is to make sure that individuals responsible for heinous acts are held liable in front of national or international courts³⁷. The primary sources of international criminal law are treaties establishing international courts, notably the 1998 Rome Statute³⁸. Four crimes are widely recognized as binding on individuals under customary international law: genocide, crimes against humanity, certain war crimes and aggression³⁹. Accountability serves several purposes notably deterring future harm and providing a sense of retribution to victims⁴⁰. Indeed, the right to life is not only violated due to arbitrary

²¹ HENRIKSEN, p. 286.

²² BOULANIN et al., p. 4.

²³ CASEY-MASLEN, p. 264 ; International Expert Meeting, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities Under International Humanitarian Law* (report edited by Laurent Gisel (ICRC), Quebec 2016), p. 8.

²⁴ Y. ZERBE, *Autonomous Weapons Systems and International Law: Aspects of International Humanitarian Law, Individual Accountability, and State Responsibility*, 2019, Swiss Review of International and European Law 581, p. 588.

²⁵ HENRIKSEN, p. 286 ; HEYNS, p. 54 ; *Losing Humanity*, p. 332 ; ZERBE, p. 584.

²⁶ HEYNS, p. 52.

²⁷ Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ, para 78.

²⁸ CASEY-MASLEN, p. 263.

²⁹ Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ, para 78 ; HENRIKSEN, p. 287.

³⁰ CASEY-MASLEN, p. 265.

³¹ ZERBE, p. 584.

³² International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare: Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977*, Int'l Review of the Red Cross, 2008, p. 17 ; BOULANIN et al., p. 11 ; ZERBE, p. 591.

³³ BOULANIN et al., p. 11 ; ZERBE, p. 591.

³⁴ International Committee of the Red Cross, *A Guide to the Legal Review of New Weapons*, p. 17 ; T. EVANS, *At War with the Robots: Autonomous Weapons Systems and the Martens Clause*, Hofstra Law Review, 2013, 700 ; ZERBE, p. 592.

³⁵ V. KOUTROULIS, Martens Clause, 2023, in : <<https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199796953/obo-97801997969530101.xml#:~:text=The%20clause%20was%20introduced%20for,the%201899%20International%20Peace%20Conference.>> (accessed 26.5.2024).

³⁶ BROLLOWSKI, p. 70 ; Nuclear Weapons, Advisory Opinion, para 79 ; ZERBE, p. 592.

³⁷ HENRIKSEN, p. 307.

³⁸ *Idem*, p. 308.

³⁹ HENRIKSEN, p. 315.

⁴⁰ *Losing Humanity*, p. 42.

killings, but also when there is an absence of accountability⁴¹.

III. Problems raised by autonomous weapons

The challenges created by autonomous weapons have been the focus of interstate discussions for close to a decade⁴². There seems to be an emerging consensus between states that autonomy in weapons should not be unlimited⁴³. Some states, the majority of them being African or South American, are pleading for a total prohibition. Others, notably NATO member states, disagree with the need for a binding legal framework⁴⁴. The International Committee of the Red Cross (ICRC) supports initiatives aimed at establishing international limits on AWS⁴⁵. In October 2023, the Secretary General of the United Nations as well as the President of the ICRC called on political leaders to immediately create new international rules on AWS. They argued that it was necessary for the protection of humanity as human control needs to be retained in life and death decisions. In their joint appeal, they advocate for clear restrictions to ensure that AWS comply with international law and ethical concerns, notably by limiting the location and the timing of their usage and ensuring the possibility of effective human oversight⁴⁶.

One key issue to address is the principle of distinction. How would an autonomous weapon distinguish between soldiers and civilians in complicated combat

situations? The *Losing Humanity* Report cites the example of modern-day combat environments. In said environments, fighters do not necessarily look like soldiers and tend to blend with the civilian population and can only be identified by their “*direct participation in hostilities*”⁴⁷. It is impossible to be certain that a fully autonomous would have the sensors and coding required to make those differences⁴⁸. AWS lack the human emotions necessary to understand people and distinguish between specific groups. Another example, cited by the same report, is one of a mother running after her two children playing with toy guns next to soldiers. A human soldier would be able to understand the situation and hold fire, but the autonomous weapons might register it as a threat. Indeed, seeing a person running towards it followed by two armed individuals seems like a situation where force has to be used⁴⁹. I believe those examples, already give too much credit to humans. Even for us, distinguishing the differences between specific groups can be challenging. This highlights how big of a challenge it would be to code the ability to make said differences in AWS. Indeed, one might argue that AWS, unlike humans, do not have a sense of self-preservation. In a combat situation where a soldier is confronted with someone who cannot be immediately identified as combatant or civilian, the soldier may shoot immediately in self-defense, whereas an AWS could act in a more restrained manner and potentially save a life⁵⁰.

A second aspect to consider is AWS in relation to proportionality. Compliance with this principle depends on value judgements and estimates in specific contexts. Can autonomous weapon systems make these proportionality evaluations correctly⁵¹? These evaluations often rely on typically “human” qualities such as common sense, morality, or good faith. If those are not accurately translated into codes, how can the proportionality test done by autonomous weapons be accurate⁵²? It is unlikely an AWS could be programmed to understand and handle the infinite number of different potential scenarios⁵³. Indeed, the computer

⁴¹ HEYNS, p. 56.

⁴² V. BOULANIN et al., *Limits on Autonomy in weapon systems : Identifying Practical Elements of Human Control*, SIPRI 2020, p. 13.

⁴³ BOULANIN et al., p. 13.

⁴⁴ L. LEMA, *Les Conventions de Genève, un rempart face à la barbarie ? « Nous n'avons rien d'autre »*, 12 August 2024, in: <<https://www.letemps.ch/monde/les-conventions-de-geneve-un-rempart-face-a-la-barbarie-nous-n-avons-rien-d-autre>> (accessed 26.8.2024).

⁴⁵ ICRC, *Position on Autonomous Weapons Systems*.

⁴⁶ United Nations, *Note to Correspondents: Joint call by the United Nations Secretary-General and the President of the International Committee of the Red Cross for States to establish new prohibitions and restrictions on Autonomous Weapon Systems*, 5 October 2023, in: <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2023-10-05/note-correspondents-joint-call-the-united-nations-secretary-general-and-the-president-of-the-international-committee-of-the-red-cross-for-states-establish-new>> (accessed 25.5.2024).

⁴⁷ *Losing Humanity*, p. 30 ; ZERBE, p. 586 ; see also : BROLLOWSKI, p. 79 n° 167.

⁴⁸ HEYNS, p. 53 ; *Losing Humanity*, p. 31.

⁴⁹ *Losing Humanity*, p. 30-31.

⁵⁰ HEYNS, p. 53 ; ZERBE, p. 587.

⁵¹ BOULANIN et al., p. 6 ; HEYNS, p. 54 ; *Losing Humanity*, p. 32.

⁵² BOULANIN et al., p. 5 ; HEYNS, p. 54 ; ZERBE, p. 588.

⁵³ HEYNS, p. 48 ; BOULANIN et al., p. 5 ; *Losing Humanity*, p. 32 ;

science professor NOEL SHARKEY has stated that programming an autonomous weapon with enough reactions to the infinite array of possibilities that could arise during a conflict is impossible. Similarly, if an autonomous car can be rendered useless by snow blocking its sensors, could the fog of war render an AWS unpredictable⁵⁴. The test of proportionality is not just a simple matter of balancing data. This is why it is doubtful that AWS could replicate the human judgment needed to assess proportionality⁵⁵. Akin to proportionality, military necessity requires the same subjective analysis that AWS are unlikely to be able to comprehend⁵⁶. However, in this case AWS do have an advantage over human brains: their information processing and probabilities calculating capabilities. Them not having the capacity for emotions removes the risk of miscalculations induced by the stress of combat environments⁵⁷.

Another notable issue is coded bias. There is a growing recognition that an algorithm is not neutral and thus can exhibit bias when operating. These biases can stem from different reasons, notably interpretation bias or inappropriate training data⁵⁸. Racism pervades our society and is thus articulated through what we make and then encode in AI models⁵⁹. Indeed, there is an increasing amount of evidence that makes it clear that racism impacts the functioning of AI⁶⁰. A notable and dangerous bias found in artificial intelligences (AI) is a racial bias. As example of this, a 2016 ProPublica study which examined predictive recidivism and analyzed the scores of 7000 individuals over two years. It revealed that the software was biased against African Americans, giving them a 45% higher reoffending risk compared to white offenders

of the same gender, age and criminal record⁶¹. Using biased AI in AWS makes it evident how long-standing biases pose ethical and human rights threats, rendering some groups significantly more vulnerable than others. In this context, AWS would not only reinforce existing inequalities but could also worsen them which could lead to deadly consequences⁶².

There is also a possibility that those weapons could be willingly programmed to look for a certain criterion before attack and thus become biased⁶³. Indeed, there is a possibility that leaders might turn such weapons against their own people or use them to genocidal ends⁶⁴.

Lastly, we need to address the crucial issue of accountability. These weapons are, by definition, autonomous, so who is to be held legally and morally accountable when a mistake happens, and a war crime is potentially committed? It is futile to prosecute AWS as it is by no means a moral agent⁶⁵. There are several options for attributing responsibility, for example to the military commander, to the manufacturer, or to the programmer⁶⁶. Some scholars have suggested that autonomous weapons and their algorithmic agents should be traced so that any reckless or negligent actions can be linked to the weapon's owner or controller⁶⁷. The issue is that the autonomy creates a responsibility gap, and it seems unjust to hold people accountable for actions stemming from autonomous systems over which they have no complete control⁶⁸.

Zerbe, p. 588.

⁵⁴ F. PASQUALE, *Machines set loose to slaughter: the dangerous rise of military AI*, The Guardian, London 2020.

⁵⁵ BROLLOWSKI, p. 79-80 ; *Losing Humanity*, p. 33.

⁵⁶ *Losing Humanity*, p. 33-34.

⁵⁷ ZERBE, p. 589.

⁵⁸ United Nations Institute For Disarmament Research, *Algorithmic Bias and the Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies*, 2018, p. 2-3.

⁵⁹ J. McCROSKY, *AI Weapons Could Risk Racist Decisions*, DataEthics, 2024, <<https://dataethics.eu/ai-weapons-could-risk-racist-decisions/>> (accessed 26.4.2024).

⁶⁰ H. RAMSAY-JONES, *Racism and Fully Autonomous Weapons* (Submission to the UN Special Rapporteur regarding the thematic report on new information technologies), 2019, p. 1.

⁶¹ J. ANGWIN / J. LARSON / S. MATTU / L. KIRCHNER, *Machine Bias*, ProPublica, 2016, in: <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>> (accessed 26.5.2024).

⁶² H. RAMSAY-JONES, *Intersectionality and Racism*, Soka Gakkai International, 2020, p. 27, in: <<https://www.stop-killerrobots.org/wp-content/uploads/2021/09/Intersectionality-and-Racism-Hayley-Ramsay-Jones.pdf>> (accessed 26.5.2024) ; RAMSAY-JONES, *Racism and Fully Autonomous Weapons*, p. 3.

⁶³ L. Mieno, *'Killer Robots' are coming, and U.N. is worried*, The Harvard Gazette, 2024, in: <<https://news.harvard.edu/gazette/story/2024/01/killer-robots-are-coming-and-u-n-is-worried/>> (accessed 26.5.2024)

⁶⁴ P. ASARO, *Autonomous Weapons and the Ethics of Artificial Intelligence*, in: S.M. Liao (ed.), *Ethics of Artificial Intelligence*, Oxford 2020, p. 212-236.

⁶⁵ *Losing Humanity*, p. 57.

⁶⁶ *Idem*, p. 42.

⁶⁷ PASQUALE, The Guardian (n. 55).

⁶⁸ *Losing Humanity*, p. 42 ; A. MATTHIAS, The responsibility

It is difficult to see how accountability could be attributed without actual human control⁶⁹. Perhaps the simple solution that the person who orders the use of the AWS will be responsible for its actions.

Conclusion

The question as to whether autonomous weapons are allowed under international law is a complex issue raising notable legal (and ethical) challenges. To attempt to provide a satisfying answer to this question we began by attempting to define autonomous weapons (*supra* I), then we examined the existing legal framework (*supra* II) and finally we considered the dilemmas raised by applying those rules to AWS (*supra* III).

So, should AWS be allowed in international law? There is currently no evidence that they will be able to adhere to the principles outlined above. In view of actual developments and the current level of autonomy AWS possess, I would argue that they should not be permitted under international law because there are no concrete guarantees that they will be able to function according to the aforementioned IHL principles. Of course, the analysis of their compliance with international law is highly speculative⁷⁰. If autonomy advances to a point where the aforementioned problems are resolved, AWS could become a valuable tool for protecting human lives in war. We do not know how, for example, how AI will evolve and if it will be a solution for the problems currently faced by AWS. Indeed, one might say that AWS with strong AI could be a solution to this, but it seems likely that militaries will introduce AWS before the required AI abilities are developed⁷¹. Besides, humans are not perfect in combat situations either, so how can we ensure that the behaviour we program into weapons will be appropriate. As long as we are not certain that AWS can hold up in combat, I strongly believe we should not take the risk. Additionally, until AWS benefits from a clear legal structure, it seems best to avoid employing it, especially regarding accountability. Without the rule of law, impunity reigns. People need to be held accountable for their crimes, whether

they are committed by proxy or not. Without that guarantee, we should not move forward. It will be interesting to see if we do get a treaty on AWS in the next few years and to see how the legislators will formulate the rules for such weapons.

Gap: Ascribing Responsibility for the Actions of Learning Automata, *Ethics and Information Technology*, vol. 6, 2004, 176, p. 183.

⁶⁹ HEYNS, p. 57.

⁷⁰ ZERBE, p. 595.

⁷¹ Losing Humanity, p. 34.

L'art. 3 CEDH et la question de la surpopulation carcérale en Suisse

Mathilde Gabrielle Rapin (MLaw student, Université de Fribourg)

Der EGMR hat auf der Grundlage von Art. 3 EMRK eine umfangreiche Rechtsprechung über die einzelnen Rechtsaspekte des Schutzes von Gefangenen entwickelt. Er hat insbesondere in seinem Entscheid *Mursic c. Kroatien* eine Untersuchungsmethode entwickelt, um zu bestimmen, ob der Mangel an zur Verfügung der Gefangenen stehendem Raum eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK darstellt. Das BGer hat auf dieser Basis mehrere Entscheide bezüglich der Verletzung von Art. 3 EMRK in der Genfer Justizvollzugseinrichtung Champ Dollon gefällt. Diese Entscheide veranschaulichen eine Situation von Überbelegung in den schweizerischen Gefängnissen, die sich jedoch auf die Kantone Genf und Waadt beschränkt. In diesem Artikel wird versucht, die Gründe hierfür zu identifizieren und mögliche Lösungen vorzuschlagen

Introduction

A ce jour, la CourEDH n'a jamais reconnu la Suisse responsable de la violation de l'art. 3 CEDH en raison de mauvais traitements à l'égard des détenus. Toutefois, et même s'il est de consensus général, qu'en comparaison à d'autres Etats, la Suisse respecte la dignité de ses détenus¹, certains éléments des rapports du CPT (Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants) et des Commission des visiteurs des Grands Conseils des cantons de VD et GE soulèvent inévitablement des questions. A ce titre, deux observations du CPT paraissent particulièrement pertinents : des témoignages jugés crédibles de deux détenus incarcérés à la prison de Champ-Dollon affirmant avoir été violentés physiquement par des gardiens² et le fait que des

détenus de la prison du Bois-Mermet doivent « rester à tour de rôle sur le lit » en raison de l'exiguïté des cellules³.

A ce titre, il apparaît intéressant de se pencher dans un premier temps sur la protection offerte par l'art. 3 CEDH aux détenus incarcérés en Suisse. Puis, dans un second temps, de chercher à comprendre les raisons de l'existence de tels constats au sein de nos prisons, et ce notamment en lien avec la problématique de la surpopulation carcérale.

I. La garantie de l'art. 3 CEDH

A. La portée de l'art. 3 CEDH et le critère de la vulnérabilité

Reconnue comme une norme de *jus cogens*, l'art. 3 CEDH offre aux individus placés sous la juridiction de la CEDH une protection inconditionnelle de leur intégrité physique et psychique⁴.

Bien que l'art. 3 CEDH ne distingue pas la torture, des peines ou traitements inhumains, et des peines et traitements dégradants, la doctrine retient que ces trois termes se distinguent selon le degré de l'atteinte portée à l'individu⁵, avec une gravité croissante, en partant du traitement dégradant, au traitement inhumain et à la torture⁶.

Lorsqu'elle a à se déterminer sur la potentielle violation de l'art. 3 CEDH, la CourEDH examine, au vu des circonstances du cas d'espèce, le dépassement

N 65 (ci-après : « Visite du CPT »).

³ Rapport de la Commission des Visiteurs du Grand Conseil et déterminations du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 2021 au 30 juin 2022, p. 21.

⁴ CourEDH (GC), arrêt *Gäfgen c. Allemagne* du 1.6.2010, requête 22978/05, § 87 ; Cour EDH (CP), arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, requête 14038/88, § 88.

⁵ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme – droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 9^e éd., Paris 2021, N 114.

⁶ S. BESSON/E. KLEBER, art. 3 CEDH N 4, in: M.S. Nguyen/C. Amarelle (édit.), *Code annoté du droit des migrations – Volume I: Droits humains*, Berne 2014 (ci-après « Code droit des migrations – BESSON/KLEBER, art. 3 »).

¹ B.F. BRÄGGER, *Einige kritische Gedanken zum heutigen Freiheitsentzug in der Schweiz*, RSC 1/2011, p. 23.

² Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants,

d'un « minimum de gravité » dans les traitements subis par le requérant⁷. Ce seuil minimal s'avère systématiquement dépassé lorsque le traitement subi a été à l'origine de lésions corporelles effectives ou d'une souffrance physique ou morale intense⁸. Ainsi, même si la CourEDH considère explicitement que la détention est inévitablement à l'origine de souffrance et d'humiliation⁹, elle reconnaît l'existence d'une atteinte à l'art. 3 CEDH uniquement lorsque le seuil minimal de gravité est dépassé. D'un point de vue concret, ce seuil minimal de gravité correspond au niveau inévitable de souffrance engendré par la peine légitime qu'est la détention¹⁰.

La CourEDH a déduit des obligations accrues des États Parties à la Convention envers certaines catégories de personnes qu'elle considère comme se trouvant dans une situation de vulnérabilité¹¹. Parmi les diverses mentions d'individus considérés comme vulnérables dans la jurisprudence de la CourEDH, ce sont les détenus qui y sont cités de manière la plus significative (plus de deux cents fois dans les arrêts de la CourEDH jusqu'à l'année 2014)¹². La CourEDH justifie la reconnaissance de cette vulnérabilité du fait du contrôle total que les autorités exercent sur les personnes détenues dans le cadre carcéral¹³.

B. La protection des droits substantiels des détenus sous l'angle de l'art. 3 CEDH

De manière générale, le respect de la dignité des détenus en vertu de l'art. 3 CEDH est à l'origine de trois obligations des États Parties. La première est une obligation d'omission, soit l'interdiction d'infliger

intentionnellement des actes assimilables à des mauvais traitements envers les détenus¹⁴. La deuxième est une obligation d'action, c'est-à-dire une obligation positive de protection de la dignité humaine des détenus en leur garantissant des conditions de détention conformes à l'art. 3 CEDH¹⁵. La troisième consiste quant à elle en une obligation positive de mener une enquête officielle et effective sur toute allégation de mauvais traitement survenu dans le cadre de la détention¹⁶.

En parallèle de ces obligations matérielles et procédurales, la CourEDH a identifié, au fil de sa jurisprudence, un certain nombre de droits substantiels dont bénéficient les détenus en vertu de l'art. 3 CEDH¹⁷. Parmi ceux-ci, on identifie notamment les droits suivants :

- l'interdiction de l'usage de la force physique à l'égard d'un détenu à moins que les circonstances ne rendent cela absolument nécessaire¹⁸
- l'exigence d'une salubrité minimale des établissements pénitentiaires¹⁹
- l'accès simple à des installations sanitaires dans des conditions d'intimité adéquates²⁰
- un minimum d'au moins une heure d'exercice physique par jour en plein-air dans un espace adapté²¹
- le respect de la dignité du détenu lors de fouilles corporelles²²
- une prise en charge médicale adéquate de la santé physique et mentale des détenus²³.

⁷ Code droit des migrations – BESSON/KLEBER (n. 6), art. 3 N 5.

⁸ S. SINNER, art. 3 CEDH N 29, in: U. Karpenstein/F.C. Mayer (édit.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, 3^e éd., Munich 2022.

⁹ CourEDH, arrêt *Tabesh c. Grèce* du 26.2.2010, requête 8256/07, § 36.

¹⁰ CourEDH (GC), arrêt *Mursic c. Croatie* du 20.10.2016, requête 7334/13, § 99.

¹¹ S. BESSON, La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in : L. Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris 2014, N 67.

¹² Y. AL TAMIMI, The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights, *Journal européen des droits de l'homme* n° 5 de 2016, p. 564.

¹³ CourEDH, arrêt *Slimani c. France* du 27.10.2004, requête 57671/00, § 27.

¹⁴ RENUCCI 2021 (n. 5), N 118.

¹⁵ *Mursic c. Croatie* 2016 (n. 10), § 100.

¹⁶ N. ZIMMERMANN, La notion de vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Concours et utilité d'un concept en vogue, thèse Genève/Zurich 2022, N 271.

¹⁷ BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd, Issy-les-Moulineaux 2015, § 61.

¹⁸ CourEDH (GC), arrêt *Bouyid c. Belgique* du 28.8.2015, requête 23380/09, § 100.

¹⁹ CourEDH, arrêt *Ananyev v. Russia* du 30.7.2009, requête 20292/04, § 159.

²⁰ *Ananyev v. Russia* 2009 (n. 19), § 156.

²¹ *Ananyev v. Russia* 2009 (n. 19), § 150.

²² CourEDH, arrêt *Dejneke v. Poland* du 1.9.2017, requête 9635/13, § 60.

²³ CourEDH (GC), arrêt *Murray c. Pays-Bas* du 26.4.2016, requête 10511/10, § 105.

II. La question de la surpopulation carcérale en Suisse

A. Les exigences quant à l'espace minimal à disposition du détenu et la situation dans les prisons suisses

Dans l'arrêt *Mursic c. Croatie*, la CourEDH a établi en 2016 une méthode d'examen permettant de déterminer si le manque d'espace à disposition des détenus est ou non constitutif de mauvais traitements. Ainsi, la mise à disposition du détenu d'un espace inférieur à 3m² fait naître une forte présomption de violation de l'art. 3 CEDH. Celle-ci ne peut être réfutée que si une telle réduction de l'espace personnel s'avère courte et occasionnelle, si elle est compensée par une liberté de circulation et une possibilité d'activités hors cellule suffisantes, et qu'il n'existe pas d'autres indices tendant à montrer que le détenu est soumis à d'autres mauvaises conditions de détention dans l'établissement pénitentiaire²⁴. Dans le cas où le détenu bénéficie d'un espace personnel oscillant entre 3m² et 4m², une violation de l'art. 3 CEDH n'est retenue que si ce manque d'espace personnel s'accompagne de mauvaises conditions de détention, telles qu'un manque flagrant d'hygiène ou un manque flagrant d'activités hors cellule²⁵. Et dans le cas où le détenu bénéficie d'un espace personnel supérieur à 4m², l'existence de mauvais traitements ne découlera alors pas du manque d'espace personnel à disposition du détenu, mais éventuellement d'autres aspects de ses conditions de détention²⁶. D'un point de vue quantitatif, la CourEDH a reconnu dans l'un de ses arrêts qu'un taux de surpopulation oscillant entre 14,50 % et 30 % ne constituait pas un problème atteignant des « proportions dramatiques »²⁷.

Concernant la situation en Suisse, les normes fédérales en matière de construction d'établissements pénitentiaires prévoient les règles suivantes : une surface habitable minimale de 10m² pour les cellules individuelles, une taille minimale de 16m² pour les cellules à deux lits, et une taille minimale de 22m² pour les cellules à trois lits²⁸. Au vu de cette réglementation, chaque détenu devrait, dans le cadre d'une occupation normale de ces établissements, bénéficier d'un espace personnel supérieur à 4m², ce qui ne poserait alors

aucun problème au regard de l'art. 3 CEDH. Dans les faits, le TF a toutefois dû se prononcer à plusieurs reprises sur la question d'une potentielle violation de l'art. 3 CEDH en lien avec le manque d'espace personnel à disposition des détenus. A ce titre, il avait notamment retenu en 2014 et 2016 une violation de l'art. 3 CEDH envers des détenus de la prison genevoise de Champ-Dollon²⁹.

Face à ce constat, il est nécessaire de noter des différences flagrantes entre les concordats d'exécution des peines et mesures de Suisse. Les données de la Section criminalité et droit pénal de l'OFS indiquent en effet, qu'alors que les taux d'occupation des prisons au sein des concordats de la Suisse orientale et de la Suisse centrale et du Nord-Ouest n'ont jamais dépassé les 100%³⁰, le taux d'occupation des prisons au sein du concordat latin a, quant à lui, été presque systématiquement au-dessus des 100 % depuis l'année 2012³¹. De plus, il est également intéressant de souligner la disparité parmi les différents établissements pénitentiaires au sein de ce même concordat : alors que le taux d'occupation des prisons des cantons de Fribourg, Neuchâtel, Jura, Valais et Tessin était d'un peu moins de 80 % pour l'année 2018, il s'élevait à plus de 130 % pour la même année dans les cantons de Vaud et Genève³². Ces différentes statistiques tendent donc à démontrer qu'il existe certes un problème de surpopulation carcérale au sein de notre pays, mais que celui-ci est circonscrit à deux cantons : Vaud et Genève.

B. Une tentative d'explication quant aux raisons de la surpopulation carcérale

Au vu de ces constatations, il apparaît intéressant de chercher à comprendre les raisons de cette disparité flagrante entre les cantons de Vaud et Genève et le reste des cantons suisses. En effet, ce travail semble nécessaire au vu du lien de corrélation entre surpopulation carcérale et risques d'atteintes aux droits des

²⁴ *Mursic c. Croatie* 2016 (n. 10), § 136 ss.

²⁵ *Mursic c. Croatie* 2016 (n. 10), § 139.

²⁶ *Mursic c. Croatie* 2016 (n. 10), § 140.

²⁷ CourEDH, arrêt *Sulejmanovic c. Italie* du 6.11.2011, requête 22635/03, § 46.

²⁸ *Manuel construction établissements pénitentiaires*, p. 44 s.

²⁹ ATF 140 I 125, c. 3.6.3.

³⁰ Privation de liberté, effectif de détenus au jour du relevé. Concordat d'exécution des peines et mesures de la Suisse centrale et du Nord-Ouest du 25 avril 2022, Taux d'occupation (en %) ; Privation de liberté, effectif de détenus au jour du relevé. Concordat d'exécution des peines et mesures de la Suisse orientale du 25 avril 2022, Taux d'occupation (en %).

³¹ Privation de liberté, effectif des détenus au jour du relevé. Concordat d'exécution des peines et mesures dans les cantons latins, Taux d'occupation (en %).

³² *Monitoring des capacités de privation de libertés – Connaissances spécialisées & Analyse de 2019*, p. 11.

détenus³³.

A cet égard, on observe plusieurs théories. D'une part, les autorités judiciaires genevoises expliquent la surpopulation carcérale par des phénomènes sociaux tels que l'augmentation de la population ou la précarisation de certaines couches de la société³⁴. D'autre part, des chercheurs expliquent quant à eux ce phénomène par l'application d'une politique pénale avec un fort recours à l'incarcération dans les régions souffrant de surpopulation carcérale³⁵. Dans les faits, un exemple concret de la situation carcérale genevoise semble confirmer la pertinence de ce second postulat. Avec l'entrée en vigueur en 2011 du nouveau Code de procédure pénale et de la procédure pénale applicable aux mineurs, lequel prévoyait entre autres de renoncer à la détention systématique pour les petits délits, le taux d'occupation de la prison de Champ Dollon avait diminué de 25 % au cours du premier semestre de cette même année (même si ce ne fut pas un résultat qui tint sur la durée)³⁶. A l'inverse, l'adoption par le Conseil d'Etat du canton de Genève de sa « Politique commune en matière de lutte contre la criminalité 2012-2014 » avait eu comme conséquence d'augmenter le taux d'occupation de la prison de Champ-Dollon de 118 % (pour atteindre à la fin de l'année 2012 un effectif de 731 détenus pour un total de 376 places de détentions)³⁷. Plus largement, le taux d'occupation élevé des prisons romandes est expliqué par le fait que les cantons latins ont d'avantage recours à l'incarcération que les autres cantons de Suisse : le canton de Genève fait en effet un usage important de la détention provisoire, tandis que Vaud prononce un plus grand nombre de peines privatives de liberté que le reste des cantons suisses³⁸.

Sur la base de ces observations, l'affirmation selon laquelle ce sont « des décisions politico-culturelles qui déterminent la statistique carcérale »³⁹ est donc aisément recevable.

De manière générale, on remarque que cette tendance à l'utilisation de la prison dans un but qui n'est pas initialement le sien s'inscrit dans le phénomène plus général, à l'échelle européenne, d'un recours intensif à la sanction pénale et à l'utilisation de l'incarcération, afin de résoudre les problématiques sociales que l'État ne gère autrement⁴⁰.

C. Les perspectives envisageables

Dans les faits, les garanties conventionnelles, constitutionnelles et légales de notre système juridique (art. 3 CEDH et art. 10 Cst. relatifs à la protection de la dignité humaine, art. 74 CP sur la protection de la dignité des détenus notamment) devraient être tout à fait suffisantes pour assurer une protection effective de la dignité des détenus, surtout au vu de l'interprétation protectrice de ces normes qu'en font les tribunaux. Les raisons de risques d'atteinte à la dignité des détenus incarcérés en Suisse, liées à la problématique de la surpopulation carcérale, ne découlent donc pas du manque de protection de la législation, mais plutôt de l'orientation des décisions politiques actuelles – constat encore renforcé par le fait que seul deux cantons suisses sont concernés à ce jour par ces problématiques. Ceci se caractérise d'une part par des refus d'octroyer les crédits nécessaires à la rénovation et à l'agrandissement des établissements pénitentiaires⁴¹, et d'autre part par l'adoption et l'application de politiques pénales strictes impliquant un fort taux d'incarcération⁴².

Sur la base de ce constat, il apparaît intéressant de se demander si l'octroi des crédits nécessaires à la construction ou à l'agrandissement des établissements pénitentiaires concernés est une solution optimale, ou si une remise en question des politiques pénales vaudoise et genevoise semble plus pertinente. Quant à cette première proposition, le CPT et divers acteurs du monde judiciaire suisse relèvent que la problématique de la surpopulation n'est pas un problème qui pourrait être véritablement résolu par la construction de nouveaux lieux de détention⁴³. En revanche, la politique pénale du Conseil de l'Europe cherche à

³³ B.F. BRÄGGER, (n. 1), p.23.

³⁴ C. VUILLEUMIER, Champ-Dollon – Les quarantièmes rugissants, Genève 2017, p. 60.

³⁵ Visite du CPT, n° 61 ; D. FINK, La prison en Suisse – Un état des lieux, Lausanne 2017, p. 35.

³⁶ C. VUILLEUMIER (n. 34), p. 49.

³⁷ C. VUILLEUMIER (n. 34), p. 49.

³⁸ D. FINK (n. 35), p. 35.

³⁹ N. CHRISTIE, Eléments de géographie pénale, Actes de la recherche en sciences sociales 124/4 de 1998, p. 68.

⁴⁰ N. QUELOZ, Les dérives pénales contemporaines – La fin de l'*ultima ratio* du droit pénal ?, RSC 2/2013, p. 5.

⁴¹ Visite du CPT, n° 60.

⁴² D. FINK (n.35), p. 35.

⁴³ Visite du CPT, n° 63 ; D. FINK (n. 35), p. 35 ; A. KUHN, Détenus – Combien ?, Pourquoi ?, Que faire ?, Berne/Suttgart/Vienne 2000, p. 15 s.

limiter le recours à la détention par le biais du développement de sanctions et de mesures non carcérales pour toutes les infractions où une mesure de privation de liberté ne paraît pas être la seule mesure adéquate⁴⁴. Cette perspective doit en effet être envisagée au vu de deux exemples européens : alors que la surpopulation carcérale des prisons françaises s'explique notamment par l'application de politiques pénales répressives, la création de nouvelles infractions ou le prononcé de peines de plus en plus longues⁴⁵, la diminution du taux d'occupation des prisons en Allemagne s'explique quant à elle par une baisse du recours à la détention provisoire, ainsi que par la diminution des condamnations et de leur durée⁴⁶.

⁴⁴ Recommandation n° R(99) 22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale du 30 septembre 1999.

⁴⁵ A. HAZAN, Surpopulation carcérale : le fléau français, *Après-demain* 45/2018, p. 4.

⁴⁶ N. CHRISTIE (n.39), p. 68.



Lenz & Staehelin

“Are you ready to start
your career?
We are ready for you!”

Geneva
Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Geneva 6
Tel: +41 58 450 70 00

Zurich
Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zurich
Tel: +41 58 450 80 00

Lausanne
Lenz & Staehelin
Avenue de Rhodanie 40C
CH-1007 Lausanne
Tel: +41 58 450 70 00



lenzstaehelin.com

Pretrial Discovery: A Bane to Transnational Litigation

Srinanda Brügger Bose (MLaw, Doctorate under the supervision of Professor Pascal Pichonnaz)

Introduction

Discovery is a procedural requisite mostly in countries following the common law system. It refers to an act of gathering or investigating the evidences pertinent to an ongoing litigation. It is a classic trait embedded in the adversarial form of legal system where the parties to the litigation is expected to prove their claim(s) to a large extent by virtue of the evidence produced before the court.

I. Discovery – A Procedural Requisite in a Common Law System

In common law countries like the United Kingdom¹ or even India², discovery is allowed by the court once the civil suit has been admitted for hearing. During the trial, depositions are taken into account which later forms part of the final hearing, meanwhile prior to the trial the parties, pursuant to the leave of the court are allowed to seek discovery and inspection of documents. It is imperative to note that the disclosure and discovery of documents are applicable in circumstances when the witness concerned is available for trial or only if the document is deemed relevant by the court.

A. Pre-trial Discovery

However pretrial discovery forms a crucial part of American civil litigations, especially the ones involving considerable stakes. The Federal Rules of Civil Procedure³ elucidates the pretrial disclosures and discoveries to be followed by the district court of the United States of America. The Federal Rules 26 and 30 deals extensively with the pretrial depositions which can be made by the parties or any person affiliated to the parties to the litigation, employees of

corporate parties or even a non-party witness who in this case is considered to be “third party”. It is important to note that such depositions can be taken by way of right and a court permission is not necessary. Upon refusal to depose⁴, a party could move before the court to seek an order to compel a response or even impose severe sanctions.

B. Discovery – a non-requisite in the Civil Law System

The civil law system follows an inquisitorial form of practice wherein the judge is responsible to ascertain the truth. In most countries following the civil law system the whole process of seeking discovery and disclosures are often frowned upon and considered to be a waste of court's precious time.

While in the adversarial system the role of the advocates is to present their arguments on the basis of the evidence so as to establish their claims. The role of the judge is to ensure that the contentions asserted by the parties are aligning with the law in force especially taking into account the pleadings and the evidence placed before the court⁵.

In the civil law systems the judge is essentially responsible to decide a certain case in accordance to the truth of the matter. In order to ascertain the truth the judge calls in for the evidence that is relevant to the case, the advocates to the case is responsible for assisting the judge by providing comments and suggestions. The main role of the judge in an inquisitorial form is to identify the legal and factual issues and deliberate rightfully upon them to render a verdict.

The whole process of discovery which is very specific to legal systems have in the past created much noise and effected international business relations. It is at this point relevant to discuss the concept of foreign blocking statutes.

¹ The Civil Procedure Rules 1998, UK Statutory Instruments, 1998 No. 3132 (L.17) Part 31 Disclosure and Inspection of documents.

² The Code of Civil Procedure, Act No. 5 of 1908, Order XI Discovery and Inspection.

³ Federal Rules of the Civil Procedure, December 1, 2023, TITLE V Disclosures and Discovery.

⁴ Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions.

⁵ G. C. HAZARD, JR. Notre Dame Law Review, Discovery And The Role Of The Judge.

II. The French Blocking Statute

The French Blocking Statute referred to as the “Loi de Blockage”⁶ in its own unique capacity was created to protect national, sensitive information in connection to maritime trade area. Thereafter in 1980 the scope of the statute was broadened and a double prohibition was created. According to the addendum to the former Article 1, “Subject to international treaties or agreements and laws and regulations in force, it is prohibited for any person to request, search for or communicate, in writing, orally or in any other form, documents or information of an economic, commercial, industrial, financial or technical nature for the purposes of establishing evidence in view of foreign judicial or administrative procedures or in the context of such procedures”.

A. Non-compliance of the “Loi de Blockage”

Failure to comply the provisions aforementioned resulted in criminal charges for French citizens either punishable by imprisonment or by fine. Evidently there seemed to be a deadlock situation, for French companies with roots in the U.S, this was indeed a dilemma. In the event of a legal dispute they either had to undergo the process of discovery and run the risk of being prosecuted in the French criminal courts or adhere to the provisions of the blocking statute and jeopardize their business base in the U.S.

B. Christopher X v MAAF

In the landmark decision of Christopher X v MAAF⁷ the criminal chamber of the French Supreme Court confirmed the conviction of a French lawyer⁸ a fine of 10,000 Euros upon breaching the provisions of the blocking statute. An important issue was raised in this process, the French Supreme Court affirmed

⁶ Statute No 68-678 of July 26, 1986 modified by the Statute No 80-538 of July 16, 1980.

⁷ French Supreme Court, Criminal Section, December 12, 2007, No 07-83.228.

⁸ The French lawyer was sanctioned by the court for his abusive conduct. This case involved the mutual insurance company MAAF and the California department of Insurance. The convict was working for an American firm and representing the California department. He reached out to a former director of MAAF who was a defendant in a ongoing litigation in California to draw information informally and in the process faced the sanction from the French court.

the decision of the lower court in addressing that the Hague Convention⁹ which was primarily established to foster international judicial cooperation¹⁰ was to be followed. The blocking statute has been a point of challenge for several litigations that concerned the production of evidence in foreign proceedings.

For instance a former state office holder requested before a civil court¹¹ to disclose documents and information which was located in France so he could testify before a parliamentary committee abroad. The presiding judge observed that allowing the said request shall contradict the provisions of the blocking statute and urged the petitioner to seek resort to the provisions set forth in the Hague Convention. In 2005 the Paris Commercial Court rejected a request for disclosure issued by a U.S Judge stating that the said request was breaching the blocking statute and a recourse to the Hague Convention was advised.

III. The Hague Convention On Taking Evidence Abroad

The Convention was established to ensure that the international judicial cooperation among sovereign nations were maintained. The Convention defined three methods of taking in evidence abroad (1) submitting the Letter of Request (2) inquiries made by consular agents and diplomatic officers (3) inquiries made by specially appointed commissioners . The Letter of Request formed an integral part of the Convention, it created a bridge between a common law and a civil law nation especially in connection to the process of securing evidence.

A. Letter of Request- A bridge between the legal systems

The Letter of Request provided a narrower scope of

⁹ The Hague Convention on Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, 23 U.S.T.2555, T.I.A.S No.7444 (signed July 27, 1970) (codified at 28 U.S.C 1781) (“Convention”).

¹⁰ International judicial cooperation” refers to mutual assistance which the sovereign nations observe in matters such as (a) service abroad of process and other judicial documents; (b) taking testimony abroad, and obtaining documentary and other evidence abroad for domestic litigation (c) proof of foreign law and official foreign records (d) recognition and enforcement of foreign judgements. RUDOLPH B. SCHLESINGER, Comparative Law 386 (4th Edition. 1980).

¹¹ TGI Nanterre, summary proceedings December 22, 1993 Jurisdata no 1993-050136.

discovery which was not aligning with the broad and exhaustive pretrial discovery rules enshrined under the Federal Rules of the Civil Procedure and as such the U.S courts and the litigants were not entirely satisfied with the Convention. It is pertinent to mention that all the other signatories to the Convention with the exceptions of Barbados, Czechoslovakia, Israel and the United States entered into a declaration to the Article 23 of the Hague Convention.

Pursuant to the declaration, a contracting country could also refrain from executing the Letter of Request if the information was sought for pretrial discovery. These liberties contravened the Federal Rules and as such the U.S preferred to seek relief under the Federal Rules of the Civil Procedure instead of the Convention which was heavily opposed by the signatories¹² to the Convention who believed that their sovereignty was threatened by the U.S methods of obtaining evidence. It is noteworthy to state that several contracting nations started adopting the blocking statutes to restrain or completely prohibit the practice of discovery and disclosure.

The House of Lords upon interpreting the language of the Letter of Request held that the description of the documents sought for was vague and in this way the Letter of Request was seeking an indirect discovery¹³ of evidence instead of direct evidence and in the process limited the effect of the Letter of Request to specifically identified documents.

B. Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v United States District Court for the S.Dist of Iowa

In a landmark judgment¹⁴ a very important question surfaced in the course of the case whether the U.S courts and the litigants under special circumstances were required to follow the protocol of the Hague Convention in obtaining evidence from abroad. The

¹² The Hague Convention is currently in force between Barbados, Cyprus, Czechoslovakia, Denmark, Finland, France, The Federal Republic of Germany, Israel, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Singapore, Sweden, the United Kingdom and the United States.

¹³ M. T. Burns, *The Hague Convention on Taking Evidence Abroad: Conflict over Pretrial Discovery, Mechanisms of Liberalization*.

¹⁴ *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v United States District Court for the S.Dist of Iowa*, 107 S.Ct. 2542 (1987).

plaintiffs were citizens of the United States and have been subjected to an injury in a plane crash in Iowa. The manufacturer *Aerospatiale* was sued for the injuries resulting from the crash. In the event of a second phase of discovery a protective order was sought for by the defendants that the materials to the discovery is in France and the Hague Convention should be the rightful way to proceed, the motion was denied and upheld by the appeal court who observed that the Convention was not mandatory and was not applicable to the persons subject to the jurisdiction of the court.¹⁵ The most important issue that surfaced in the course of this matter was under what circumstances would there be an obligation to invoke the Convention, the court along with substantial dissent stated that the U.S procedures of discovery outside the U.S was subjected to fairness and comity.

IV. Principle of Comity

The doctrine of Comity was developed in the Netherlands to bridge the gap between territorial sovereignty and the need for international commerce, the main objective was to resolve the conflicts of law. Comity is a legal principle which warrants a jurisdiction to give effect to the judicial decrees and decisions delivered in other jurisdictions.¹⁶ The courts in the *Aerospatiale* matter opined that in the spirit of cooperation the U.S courts could proceed to evaluate the extraterritorial discovery in keeping with the interests of the foreign states that might be affected in the process. The comity analysis with reference to the *Aerospatiale* case represented fairness, judicial reasonableness and foreign discovery.

¹⁵ *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale* 782 F.2d 125 (8th Circuit 1986).

¹⁶ *Brown v Babbitt Ford, Kellogg Citizens National Bank v Felton, Jackson v Shuttleworth*, in these leading cases the Supreme Court of the U.S defined the doctrine of comity as follows: "Comity in the legal sense is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.

Conclusion

Although in the *Aérospatiale* judgement it was held that Hague Convention was not considered to be inferior to the Federal Rules and also cautioned the judges not to pass it off “as an unnecessary hassle”, however the U.S continues to consider the Convention to a be privilege for foreign countries to avoid discovery. To sum up the process of discovery could be very time consuming and contradictory to the blocking statutes established by several sovereign nations to protect the information which might be relevant to national interests. At the same time it would be an interesting practice to request for the discovery of relevant information only, thereby reducing the exhaustive process. Multiple attempts have been made over the years to reform the French Blocking Statute, in 2022 the French government further strengthened the position of the blocking statute.

Companies that will be receiving requests for information meant for foreign litigation and forming subject matter of the blocking statute will have to be reported to the French government body “SISSE” (Strategic Information and Economic Security Service) within a specific time, an official opinion ascertaining whether the requests form part of the blocking statute shall be issued within a month to the requesting officials. The primary objective behind this modification is to protect highly sensitive information pertaining to national interest. Having said that it seems that the Convention continues to be the communicating bridge between the countries for the purpose of obtaining evidence abroad.



Join our team

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

More information about our summer programs and career
perspectives on jacquemoudstanislas.com

Interview mit Assistenzprofessor Pascal Rey

Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht III der Universität Freiburg i. Ü.

Pascal Rey

2009	MLaw HSG
2009-2011	Anwaltspraktika bei Badertscher Rechtsanwälte AG (Zürich) und Hodel & Partner Rechtsanwälte AG (Zug)
2012	Anwaltspatent und öffentliche Urkundsperson (Zug)
2012-2016	Rechtsanwalt bei Reichenbach Rechtsanwälte AG (Zürich)
2016-2019	Diplomassistent und Doktorand, Universität Freiburg
2019	Dr. iur., Universität Freiburg
2020-2023	Oberassistent, Universität Freiburg
Seit 2020	Habilitand, Universität Freiburg
Seit 2023	Assistenzprofessor («Tenure Track»), Lehrstuhl für Privatrecht III, Universität Freiburg



Wie geht es Ihnen?

Das ist eine Frage, die man im Alltag oft stellt, ohne die Antwort kennen zu wollen. Insofern danke! Mir geht es gut, alles in allem. Es ist viel los in meinem Beruf und in meiner Familie. Überall entwickeln sich Fäden, die man zusammenhalten muss. Man schläft nicht viel. Man ist ständig beschäftigt, wenn mal nicht äusserlich, dann innerlich. Es ist sicher eine anspruchsvolle Phase in meinem Leben, aber auch eine interessante und zentrale.

Wie bringt man denn alles unter einen Hut?

Ich glaube, wenn ich vor zwanzig Jahren meine jetzige Lebenssituation angeschaut hätte, dann hätte ich mir diese Frage auch gestellt. Aber es kommt ja nicht alles aufs Mal. Man lernt zuerst das eine, dann das nächste, so legen sich die Schichten übereinander. Man gewöhnt sich mit jeder Steigerung ans neue Setting, passt sich an, irgendwie funktioniert dann. Man muss aber auch sehen, wir sind als Lehrkräfte an der Uni sehr privilegiert, was Flexibilität und Selbstorganisation betrifft. Wir haben keinen Job, bei dem man täglich um acht Uhr an der Ladentheke bereitstehen muss, mal abgesehen von Unterrichtszeiten. Das hilft natürlich beim Vereinbaren von Beruf und Familie.

Solche Verzweigungen gehören zum Leben, man landet zuweilen irgendwo, wo man sich selbst noch vor 10 Jahren niemals gesehen hätte.

War diese zeitliche Flexibilität auch ein Grund, warum sie eine Professur angestrebt haben oder wie ist es dazu gekommen, dass Sie dem Anwaltsberuf – zumindest zurzeit – den Rücken gekehrt haben?

Ich habe diese Freiheit nicht in erster Linie gesucht, es war ein Nebeneffekt der Funktionen, die mich damals und heute interessieren. Je nachdem, wie Sie sich (und ihre Kunden) organisieren, sind Sie auch in der Advokatur recht frei, arbeiten zum Beispiel spätabends und erledigen tagsüber Privates. Das Tetrispiel ist auch dort möglich. Es ist aber klar, dass man als Privatdienstleister eher höherem Druck ausgesetzt ist, schon in Sachen Erreichbarkeit. Das kann einem zusagen. Mein Ding war es nicht so sehr.

Mein Gang zurück an die Uni war aber keine Flucht, eher ein innerer «Shift». Wenn man etwas über längere Zeit macht und es einen nicht völlig erfüllt,

kommt irgendwann der Punkt, wo man innehält und sich fragt, mit was man seinen Berufsalltag eigentlich primär verbringen möchte. Ich merkte damals, dass ich mehr und in Ruhe über juristische Leitstrukturen nachdenken wollte. Mehr auf Makroebene und weniger fokussiert auf die Probleme des einzelnen Klienten, der wieder Krach mit seinem Nachbarn hat, weil dieser seinen Gartenzaun abgerissen hat. Ist zwar auch spannend, schon weil es um Menschen geht, aber die praktische Auswirkung ist nicht alles, was das Recht zu bieten hat. Unsere Rechtsordnung ist schon in Teilgebieten so komplex und vielfältig, da ist es für mich irgendwann befriedigender geworden, meine Zeit für die Durchdringung des Unterbaus an sich aufzuwenden und weniger für das einzelfallgetriebene Anwendungsergebnis. Im Übrigen ist auch der Wissenstransfer eine eigene Disziplin, die ich total interessant finde. Etwas so zu sagen oder zu schreiben, dass die Chancen gut stehen, dass es von der Mehrheit so verstanden wird, wie es gemeint ist, ist eine ständige intellektuelle Herausforderung. Das hat mich schon früh gepackt. So ist es gekommen, dass ich meine Zelte in Zürich abgebrochen habe, um in Freiburg zu doktorieren.

[...] [D]ieser Moot Court hat für mich alles verändert, man spürt sofort, was es heisst, zu prozessieren und zu plädieren, zu «performen», wenn es um die Wurst geht.

Sie hatten also keinen durchgeplanten Karriereweg von Anfang an, sondern haben sich in etwas hineinbegeben und gemerkt, jetzt brauche ich etwas Anderes und sind so zur Dissertation gekommen?

Ja, die Dissertation war eine Art Türöffner und Wegweiser für den Rest, und doch war sie noch bis vor einigen Jahren gar nicht eingeplant. Aber vermutlich ist das normal. Ich finde es eher suspekt, wenn jemand in jungen Jahren angibt, ein klares Bild von seiner gesamten Karriere zu haben. Wenn Sie zurückdenken, dann wissen Sie als Gymnasiast/in noch nicht so viel über sich selbst und Ihre Möglichkeiten in der Berufswelt. Sie haben erstes Wissen, Erfahrungen und Vorstellungen. Vielleicht haben Sie Eltern oder

Bekannte, die etwas machen, das Sie beeinflusst. Das ist aber auch schon alles. Und dann muss man aufgrund dieses beschränkten Wissens seine gesamte berufliche Laufbahn aufgleisen. So überrascht es nicht, dass es später zu Justierungen im eigenen Weg kommt. Nach dem Studium geht das ja weiter: Meistens machen Sie dann ein Anwaltspraktikum und beginnen als Anwältin oder Anwalt zu arbeiten, sobald Sie Ihre Prüfung abgelegt haben, weil man Ihnen sagt, wenn schon Jus, dann so. Jetzt mag das für die Zeit zwischen 20 und 30 für Sie stimmen, aber ob es das für die Zeit zwischen 30 und 50 tun wird, wird sich erst noch weisen. Solche Verzweigungen gehören zum Leben, man landet zuweilen irgendwo, wo man sich selbst noch vor 10 Jahren niemals gesehen hätte. So geht es mir gerade – ist doch schön.

Wenig anfangen kann ich auch mit der Idee, dass man ein Gesetzgebungssystem braucht, das sofort auf technologische Innovation reagieren kann.

Das merkt man angesichts Ihres Lebenslaufs. Sie wurden in Luzern geboren, anschliessend studierten Sie in St. Gallen, danach waren Sie in Zug und Zürich. Wie ist es zu dieser interkantonalen Laufbahn gekommen? War das gezielt?

Nein, eine zufällige Aneinanderreihung von Einzelentscheidungen. Ich liess mich und lasse mich lenken von dem, was ich gerade benötige und was mich anzieht.

Das Verkaufsversprechen der Universität St. Gallen hat mich damals schlicht mehr angesprochen als andere. Mit der Architektur der St. Galler Universitätsgebäude kann man als 19-jähriger vielleicht mehr anfangen als mit einem dunklen Gang in der Miséricorde. Aus heutiger Sicht trivial, aber damals eben nicht, man weiss ja noch nicht, dass einem später anderes wichtiger erscheinen wird. Angesichts meines heutigen Schwerpunkts wäre ich wohl besser nach Freiburg gekommen, weil das Obligationenrecht hier einfach gründlicher vermittelt wird als noch in meinem eigenen Studium. Aber wie gesagt, wer weiss sowas schon im Vornherein. Man muss aber auch sehen,

am Schluss sind unterschiedliche Gewichtungen im Curriculum nicht so entscheidend, wie Studierende manchmal meinen. Ausbildungslücken hat man im Ius sowieso immer, egal an welche Uni man geht, und es liegt immer an einem selbst, die grössten Lücken rechtzeitig zu schliessen. Wichtiger ist bei der Wahl der Uni, dass man sich möglichst begeisterten und prägenden Lehrpersonen exponiert.

Nach Zürich ins Anwaltspraktikum bin ich dann, weil es eine grosse, schöne Stadt ist und weil es dort attraktive Arbeitgeber mit interessanten Klienten gibt. Das war dann auch der Grund, warum ich nach der Anwaltsprüfung noch einige Jahre dort weitergearbeitet habe.

Meine einzige rein strategische Entscheidung in der Ausbildung war, ein zusätzliches Anwaltspraktikum im Kanton Zug einzulegen, damit ich zur Zuger Anwaltsprüfung zugelassen werde. Die Alternative wäre Zürich gewesen. Heute mag dort alles anders sein, aber als ich die Prüfung vor mir hatte im Jahr 2011, da war in Zürich noch zu viel Lotterie und zu wenig terminliche Planbarkeit dabei. Im Kanton Zug war die Organisation vorbildlich. Das ist schon eine Stellschraube, über die man vor dem Anwaltspraktikum nachdenken muss, wenn einem das wichtig ist, also in welchen Kantonen man die Anwaltsprüfung zeitsparend ablegen kann. Ich rede notabene von Effizienz, nicht vom Schwierigkeitsgrad; anspruchsvoll ist die Prüfung meines Wissens überall.

Dass ich später in Freiburg gelandet bin, namentlich am Institut für Schweizerisches und internationales Baurecht, lag dann am Thema meiner Doktorarbeit, das im Bauvertragsrecht angesiedelt war. Ich wusste, es gibt hier ein Kompetenzzentrum für die Materie, über die ich meine Dissertation verfassen wollte. Wo also darüber schreiben, wenn nicht dort, im ständigen Austausch mit jenen Fachleuten, die davon am meisten verstehen?

[...] ordentlicher Professor an der Uni Freiburg und zwei gesunde Kinder würden mich freuen. Das wäre meine Idealvorstellung.

Was sehen Sie als ein prägendes Erlebnis Ihrer Karriere?

Im Studium zum Beispiel habe ich mich tendenziell gelangweilt und war unsicher über meine Studienwahl, bis mich ein Kommilitone motiviert hat, an einem internationalen Moot Court teilzunehmen. Das hat mich zwar ein zusätzliches Halbjahr gekostet. Aber dieser Moot Court hat für mich alles verändert, man spürt sofort, was es heisst, zu prozessieren und zu plädieren, zu «performen», wenn es um die Wurst geht. In einem konkreten Streitfall für jemandes Interessen zu kämpfen ist spannend, sich kluge Argumente auszudenken, mit denen die andere Seite möglichst nicht rechnet. Mit dieser praktischen Erfahrung bekam mein Studium ein anderes Gesicht, oder eher bekam ich eine andere Sichtweise.

Diese Begeisterung für die praktische Seite des Rechts hat mich dann doch einige Jahre lang getragen. Andererseits bin ich später genau dadurch auf den Streitfall gestossen, der mich zurück in die Theorie und an die Uni Freiburg verschlagen hat, ein weiterer entscheidender Moment. Dieser Streitfall hat mich auch in meiner Freizeit noch verfolgt und bildete schliesslich das Basismaterial für meine Dissertation. Ich wollte darin die theoretischen Grundlagen aufarbeiten, um Fälle dieser Art sauber einzuordnen. Später habe ich meinem damaligen Gegenanwalt ein Exemplar der Dissertation geschickt und ihm gesagt, ich wisse jetzt endlich, wie es geht. Er sagte, hätten wir das damals doch schon beide gewusst.

Erwähnen sollte ich wohl auch die Geburt meines ersten Kindes. Aber es wäre übertrieben zu sagen, dass sich das förderlich auf den Beruf ausgewirkt hätte (lacht). Sagen wir mal, es relativiert Vieles und zwingt einen, den Perfektionismus zurückzufahren. Das ist nicht immer einfach, aber oftmals besser so.

Betraff dieser Fall, den Sie als Basis für Ihre Dissertation genommen haben, bereits das Obligationenrecht?

Ja, das Recht der Bauverträge, insbesondere der Gläubigerverzug des Bauherrn im Bauwerkvertrag. Ich konnte schon immer mit dem Schuldrecht und mit dem Privatrecht generell viel anfangen. Wobei ehrlich gesagt, wenn man nur tief genug abtaucht ins Recht, egal wo, wird es fast immer spannend.

Das Verhältnis zwischen dem, was die technische Fachwelt für richtig und nötig hält, und dem, was das Recht als verbindlich anfordert, ist komplex.

Wie sehen Sie die Entwicklung des Obligationenrechts in Bezug auf künstliche Intelligenz?

Mich interessieren unter anderem Fragen der Verantwortlichkeit. Angeblich drohen uns künftig Fälle, in denen intelligente Maschinen Menschen schädigen und dafür niemand verantwortlich zu machen ist. Dann frage ich mich gern, brauchen wir wirklich neue Schadenausgleichssysteme oder kommt man dem nicht auch mit dem geltenden Recht bei? Beispielsweise wird gesagt, man solle autonome Systeme wie Hilfspersonen behandeln, damit, wenn sie Schaden anrichten, der Schaden jemandem zurechenbar sei. Oft wird nicht begründet, warum man stattdessen nicht einfach auf die Schöpfer losgehen kann. Gerade weil die Maschine eigene und kaum vorhersehbare «Entscheidungen» trifft, lassen es die Schöpfer doch darauf ankommen. Warum also nicht Haftbarkeit aus persönlichem Verschulden, wie man es schon kennt? Wenig anfangen kann ich auch mit der Idee, dass man ein Gesetzgebungssystem braucht, das sofort auf technologische Innovation reagieren kann. Das Hinterherhinken des Rechts liegt in der Natur der Sache, Gesetzgebung braucht Zeit, das ist nicht nur unvermeidlich, sondern in gewisser Hinsicht auch gut so. Obwohl ich gerade in diesem Bereich meine Habilitationsschrift verfasse und vielleicht am Ende dann nicht mehr so sicher sein werde über das Gesagte.

Ihre Habilitation würde uns auch noch interessieren. Wir haben gesehen, dass Sie über Recht und Technik schreiben und wir würden gerne wissen, was das alles umfasst. Schreiben Sie vor allem über Bautechnologien oder gehen Sie auch auf

andere Technologien ein?

Technische Fragen kann ich als Jurist nicht durchdringen, obschon ich damit im Bereich des Bauens wenigstens ein bisschen vertrauter bin als in anderen technischen Feldern. Aber für eine Habilitationsschrift sollte man sich idealerweise nicht auf einen bestimmten Lebens- oder Wirtschaftsbereich einschiessen. Ich versuche mich an einer bereichsübergreifenden Auseinandersetzung damit, was das private und das öffentliche Recht mit der Technik anfängt und wie es das tut. Innovation ist da ein wichtiges Subthema. Sie ist zu begrüßen, wenn sie uns als Gesellschaft vorwärtsbringt. Oft bringt sie aber auch Gefahren, die man rechtlich kanalisieren muss. Wie reguliert man wirksam, ohne abzuklemmen?

Informationstechnologie kann man dabei nicht ignorieren, egal welchen Bereich man sich anschaut; es konvergiert alles, auch im Bauen. Bald interessiert uns nicht nur, wie dick diese und jene Betondecke sein muss, um rechtlich als «sicher» durchzugehen. Sondern auch, wie eine autonome Drohne, die diese Decke baut, idealerweise konstruiert, programmiert, gesteuert sein muss usw., damit ihr Einsatz und ihr Arbeitsergebnis als «sicher» gelten.

Das Verhältnis zwischen dem, was die technische Fachwelt für richtig und nötig hält, und dem, was das Recht als verbindlich anfordert, ist komplex. Es wird von beiden Seiten, Juristen und Technikern, unterschätzt, kaum je durchdrungen und es ist – auch deshalb – das Überthema meiner Habilitationsschrift.

Etwas so zu sagen oder zu schreiben, dass die Chancen gut stehen, dass es von der Mehrheit so verstanden wird, wie es gemeint ist, ist eine ständige intellektuelle Herausforderung. Das hat mich schon früh gepackt.

Was ist im Vergleich zur Dissertation die grösste Herausforderung der Habilitationsschrift? Der Umfang?

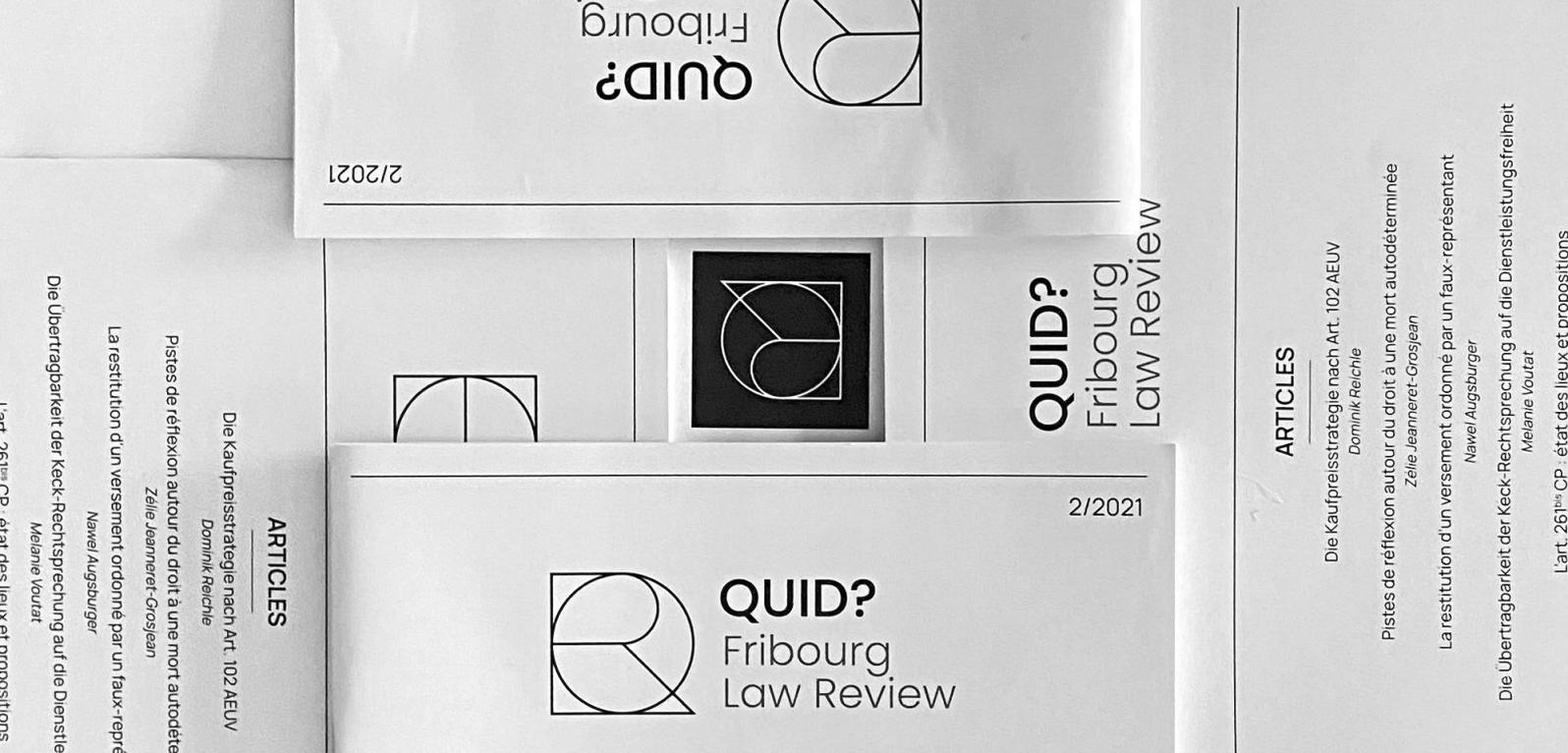
Nein. Umfang ist eigentlich nie eine Herausforderung. In unserer Fachrichtung gibt es immer genug, worüber man auch noch schreiben könnte, wenn man die Kraft dazu findet. Die Herausforderung liegt im Gegenteil, Knappheit und Prägnanz im Angesicht von Komplexität. Goethe soll sich doch für einen langen Brief entschieden haben, weil er keine Zeit für einen kurzen fand. Meine Dissertation war für das Format etwas zu umfangreich, also plane ich, für meine Habilitationsschrift (auch) in diesem Punkt dazuzulernen.

Entscheidende Kriterien sind wohl eher Übersicht und Tiefgang. Von beidem braucht es in der Habilitationsschrift (noch) mehr als in der Dissertation, obschon sich beides ja eigentlich beisst. Dieses Spannungsfeld möglichst leichtfüßig zu bewältigen, macht es wohl aus. Ausserdem Interdisziplinarität. Das heisst, idealerweise versucht man, sein Thema noch aus der Sicht anderer wissenschaftlicher Disziplinen (z.B. Technologie, Linguistik, Soziologie) zu verstehen, wenigstens im Ansatz. Schliesslich sollte die Schrift auch neue Impulse setzen können im wissenschaftlichen Diskurs. Es sind hohe Anforderungen, der Umfang ist wohl eher eine Nebenwirkung davon.

Unsere Rechtsordnung ist schon in Teilgebieten so komplex und vielfältig, da ist es für mich irgendwann befriedigender geworden, meine Zeit für die Durchdringung des Unterbaus an sich aufzuwenden und weniger für das einzelfallgetriebene Anwendungsergebnis.

Wie sieht Ihre Zukunft aus?

Weiss ich nicht. Aber ordentlicher Professor an der Uni Freiburg und zwei gesunde Kinder würden mich freuen. Das wäre meine Idealvorstellung.



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

**Next deadline :
October 13th 2024**

LEARN
CONTACT

MORE
US

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

LEADING CASES



LawInside.

Die Rubrik 'Leading Cases', verfasst von unserem Partner LawInside, bietet eine Darstellung über die wichtigsten Urteile der jüngsten Schweizer Rechtsprechung.

Un arrêt détaillé

L'amiante et le droit suisse de la prescription : nouveau camouflet par la CourEDH

CourEDH, 13.02.2024, Affaire Jann-Zwicker et Jann c. Suisse, requête 4970/20

Dans les circonstances exceptionnelles propres aux victimes de l'exposition à l'amiante, l'application des délais de prescription absolus par les autorités suisses (en particulier la manière de déterminer le dies a quo) a eu pour effet de restreindre le droit d'accès à un tribunal des requérants au point de porter atteinte à l'essence même de ce droit. Il y a donc eu violation de l'art. 6 § 1 CEDH.

Faits

Entre 1961 et 1972, Marcel Jann vit avec ses parents à Niederurnen (GL), dans une maison appartenant à **la société Eternit AG, à proximité immédiate de l'usine de la société**. Des minéraux d'amiante fibreux y sont transformés en panneaux d'amiante-ciment. Au cours de cette période, **Marcel Jann est régulièrement exposé à l'amiante**. D'une part, les émissions de poussière de l'usine entrent par les fenêtres de sa chambre à coucher. De l'autre, il joue souvent sur et autour des panneaux et des tuyaux utilisés par l'usine Eternit. En outre, il assiste régulièrement au déchargement des sacs d'amiante à la gare.

Marcel Jann quitte Niederurnen à l'âge de 19 ans et **n'est plus exposé à l'amiante par la suite**, laquelle est interdite en Suisse en 1989. En 2004, il se voit diagnostiquer **un mésothéliome pleural malin** (cancer de la plèvre), **typique d'une exposition à l'amiante**.

Il **décède** de cette maladie en 2006, à l'âge de 53 ans.

En 2009, **la veuve et le fils de Marcel Jann ouvrent action en dommages-intérêts contractuels et extracontractuels devant les juridictions glaronnaises**, à la fois contre Eternit (Schweiz) AG, successeuse présumée d'Eternit AG ; contre les deux fils de l'ancien propriétaire d'Eternit AG, lesquels avaient occupé des postes de direction au sein de la société durant la période d'exposition de Marcel Jann ; et contre les Chemins de fer fédéraux.

Les instances cantonales déboutent les demandeurs en raison de la **prescription**. Par-devant le Tribunal fédéral, la procédure est **suspendue dès 2014**, dans l'attente de l'issue du projet de révision du droit suisse de la prescription alors débattu au Parlement. En 2019, à la suite de la reprise de la procédure, **le Tribunal fédéral confirme l'arrêt de l'Obergericht glaronnais** (ATF 146 III 25).

Les demandeurs saisissent la CourEDH (ci-après : la « Cour »), laquelle est amenée à **se prononcer une nouvelle fois sur la compatibilité du droit suisse de la prescription avec l'art. 6 § 1 CEDH (droit d'accès à un tribunal) dans le cas d'une victime de l'amiante**.

Droit

Selon la jurisprudence fédérale, la prescription commence à courir **avec l'acte ou l'omission qui a causé le dommage, indépendamment du fait que les conséquences dommageables ne se soient produites que bien plus tard**. Dans l'ATF 146 III 25, le Tribunal fédéral maintient cette interprétation, en soutenant que l'arrêt de la CourEDH Howald Moor et autres c. Suisse (ci-après : l'« arrêt Moor ») ne modifie pas sa jurisprudence.

La prescription est donc largement acquise, tant s'agissant du volet contractuel (le point de départ étant la violation d'obligations contractuelles) qu'extracontractuel (le point de départ étant la violation du devoir de diligence), l'art. 6 § 1 CEDH et l'ar-

rêt Moor ne s'opposant pas en soi à des délais de prescription absolus. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral souligne également **l'existence du Fonds d'indemnisation pour les victimes de l'amiante** (ci-après : le « Fonds d'indemnisation »), constituant une solution alternative pour l'obtention d'une indemnisation.

Selon les requérants, la prescription ne commence à courir **qu'à partir du moment où les conséquences d'une exposition à l'amiante se manifestent**. Admettre le contraire constituerait une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, puisque **les demandes d'indemnisation en cas de dommages différés liés à l'amiante seraient alors systématiquement prescrites**, étant donné la **longue période de latence du mésothéliome** (en moyenne, entre quinze et vingt-cinq ans après l'exposition à l'amiante).

La Cour commence par rappeler que **le droit d'accès à un tribunal constitue un aspect du droit à un procès équitable garanti par l'art. 6 § 1 CEDH** (cf. en particulier CourEDH, Golder c. Royaume-Uni). En outre, ce droit doit être « concret et effectif », et non « théorique et illusoire ». Des limitations à ce droit demeurent possibles, **sous réserve qu'elles poursuivent un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé** (respect du principe de la proportionnalité) (cf. en particulier CourEDH, Baka c. Hongrie). L'essence même du droit d'accès à un tribunal ne doit pas se trouver affecté par d'éventuelles limitations.

En l'espèce, la Cour écarte les arguments de l'intimée (la Suisse), selon lesquels le cas d'espèce n'est pas comparable à celui qui avait fait l'objet de l'arrêt Moor. **Peu importe en effet que l'exposition à l'amiante n'ait pas eu lieu dans un cadre professionnel** ; dans les deux cas, **le droit des victimes à la protection de leur intégrité physique est en jeu**. Par ailleurs, la création entre la publication des deux arrêts du Fonds d'indemnisation ne change pas la donne. En effet, sans être certains d'obtenir une indemnisation, **les requérants auraient dû abandonner leur action civile en cours pour pouvoir effectuer une demande auprès du Fonds d'indemnisation**, renonçant expressément à toute procédure judiciaire et à tout contrôle ultérieur par un tribunal. La Cour est donc d'avis qu'il **ne peut pas être reproché aux requérants de ne pas avoir sollicité le Fonds d'indemnisation**. En résumé, le cas d'espèce

est tout à fait **comparable à celui qui a fait l'objet de l'arrêt Moor**.

La Cour parvient ensuite à la conclusion que la limitation d'accès au tribunal découlant du droit suisse de la prescription dans le cas d'une victime de l'amiante **n'est pas dans un rapport raisonnable avec le but de sécurité juridique visé, tout légitime que soit ce but**.

En effet, dès lors qu'il est **scientifiquement prouvé qu'il est impossible pour une personne de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, cette circonstance doit être prise en compte dans le calcul du délai de prescription** (arrêt Moor, § 78). En raison des longs délais de latence, l'on peut donc supposer que les demandes liées à l'amiante seront **toujours prescrites en cas de délai de prescription de dix ans, et très souvent en cas de délai de prescription de vingt ans**, si la manière de déterminer le *dies a quo* préconisée par la jurisprudence fédérale devait être maintenue.

La Cour estime donc que **le droit des requérants d'accéder à un tribunal n'a pas été concret et effectif, compte tenu de la manière dont le *dies a quo* du délai de prescription absolu a été déterminé**. Elle ne décèle pas non plus de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but de sécurité juridique poursuivi. Il y a donc bien eu une **violation de l'art. 6 § 1 CEDH à cet égard**.

La Cour reconnaît aussi une violation de l'art. 6 § 1 CEDH en raison de la **durée de la procédure** (juillet 2009 à novembre 2019, pour six ans devant le Tribunal fédéral). En effet, la suspension de la procédure par-devant le Tribunal fédéral entre avril 2014 et novembre 2018 n'est **pas conforme au « délai raisonnable » prévu à l'art. 6 § 1 CEDH**, dans la mesure où il n'était pas effectivement nécessaire d'attendre l'issue des discussions parlementaires sur la révision du droit de la prescription avant de reprendre la procédure. En tout état, **il ne peut pas être reproché aux requérants de ne pas avoir sollicité la reprise de la procédure après l'avoir fait et s'être vu opposer un rejet en raison des discussions parlementaires en cours**.

La CourEDH octroie une somme aux requérants à

titre du préjudice moral subi (EUR 20'800) ainsi qu'une indemnité pour frais et dépens (EUR 14'000).

Note

Cet arrêt de la Cour est **particulièrement bienvenu**. Lors de la publication de l'ATF 146 III 25, en 2019, nombre d'auteurs s'étaient en effet montrés, à juste titre, **critiques de la position du Tribunal fédéral sur la détermination du *dies a quo* dans le cas d'une victime de l'amiante** (parmi d'autres, Pascal Pichonnaz/Franz Werro, Le nouveau droit de la prescription. Quelques aspects saillants de la réforme, in Pichonnaz/Werro (édit.), Le nouveau droit de la prescription. Colloque du droit de la responsabilité civile 2019, Université de Fribourg, Berne 2019, p. 1 ss).

Il est en effet **difficile de comprendre les raisons qui ont poussé le Tribunal fédéral à ne pas tenir compte de l'arrêt Moor lorsqu'il a à nouveau été confronté au cas d'une victime de l'amiante**. En effet, le Tribunal fédéral avait fait valoir que l'arrêt Moor ne concernait que le cas d'espèce en utilisant un syntagme (« in diesem Einzelfall », considérant non publié, cf. TF, 4F_15/2014, c. 3, résumé in LawInside.ch/125) lorsqu'il avait dû rendre un nouvel arrêt dans cette affaire (ATF 142 I 42). Une modification de sa jurisprudence constante sur le *dies a quo* du délai absolu de prescription n'était donc pas nécessaire. Le fait que les arguments avancés pour différencier l'arrêt Moor du cas d'espèce aient été balayés par la Cour (cf. en particulier § 71 ss) est donc réjouissant.

Par ailleurs, il convient également de **saluer le fait que la Cour ait mis en évidence les nombreuses difficultés liées à une requête par-devant le Fonds d'indemnisation**, en particulier la problématique de l'abandon obligatoire, par les demandeurs, de toute prétention judiciaire.

Puisque l'arrêt est définitif, on attend **désormais que les juridictions nationales se conforment à la jurisprudence de la CourEDH lorsqu'elles devront inmanquablement se pencher, à l'avenir, sur la question de la prescription dans le cas particulier des victimes de l'amiante**. Une mise en conformité pourrait d'ailleurs aller jusqu'à **l'abandon du délai absolu de prescription pour les victimes de dommages différés** (dans ce sens Franz Werro, La prescription et les dommages différés des victimes de l'amiante. Un triste retour en arrière !, REAS 2020, p. 59 s.).

Pour un résumé détaillé de l'arrêt, nous renvoyons nos lectrices et nos lecteurs à la contribution rédigée par Christoph Müller, in : “CourEDH – Jann-Zwicker et Jann c. Suisse (requête n° 4976/20) du 13 février 2024”, Université de Neuchâtel, NLRCS mars 2024.

CAMILLE DE SALIS, L'amiante et le droit suisse de la prescription : nouveau camouflet par la CourEDH, in : www.lawinside.ch/1420/.

Aperçu de quelques jurisprudences récentes

Arbitrage, TF, 03.04.2024, 4A_244/2023*

ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, EDF c. Espagne : Charte de l'énergie et arbitrage – le droit international prévaut sur le droit communautaire

L'art. 26 TCE déploie son régime d'arbitrage d'investissement à l'égard des litiges intra-européens ; les normes du droit de l'UE n'empêchent pas son application et n'écartent pas le consentement d'un État partie au traité à procéder à l'arbitrage (désaccord avec la jurisprudence de la CJUE).

Droit des sociétés, TF, 21.11.2023, 4A_350/2023

CÉLIAN HIRSCH, Conflits d'intérêts et imputation de connaissance

Les membres d'un conseil de fondation doivent se récuser lors d'une prise de décision pour laquelle ils sont en conflit d'intérêts. Leur connaissance ne peut donc pas être imputée à la fondation.

Droit des contrats, TF, 12.12.2023, 5A_941/2022*

ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, Le mécanisme de la demeure (art. 107 CO) s'applique au droit de retour anticipé du droit de superficie

Le mécanisme de la demeure (art. 107 CO) s'applique au droit de retour anticipé du droit de superficie (art. 779 ss CC). Le créancier a ainsi l'obligation de sommer le débiteur d'exécuter ses obligations contractuelles et de lui fixer un délai de grâce avant de pouvoir exercer son droit de retour.

Droit pénal, TF, 03.01.2024, 7B_741/2023*

CAMILLE DE SALIS, **Les parloirs intimes des personnes détenues**

Une disposition cantonale prévoyant des critères de stabilité et de durée d'une relation pour qu'une personne détenue puisse bénéficier de parloirs intimes n'est pas contraire au droit supérieur.

Poursuite et faillite, TF, 03.04.2024, 4A_639/2023*

ARNAUD LAMBELET, **La qualité de fait notoire des informations d'un registre du commerce étranger**

Les informations qui figurent dans des registres du commerce étrangers ne sont pas des faits notoires, même lorsqu'elles sont accessibles sur Internet.

Propriété intellectuelle, TF, 19.01.2024, 4A_171/2023*

ANDRÉ LOPES VILAR DE OURO, **La personnalisation d'un produit de marque sans l'accord du titulaire de la marque concernée est-elle licite ?**

La personnalisation d'une montre de marque, effectuée à la demande et pour le compte de son propriétaire en vue de son usage personnel, ne porte en principe pas atteinte à la fonction distinctive de la marque car l'objet modifié est destiné à un usage privé et n'est pas remis sur le marché. En revanche, le fait de commercialiser des montres modifiées sur lesquelles apparaît toujours la marque contrevient en principe à la LPM, faute d'autorisation du titulaire de la marque.

Droit public, TF, 23.02.2024, 2C_87/2023*

MARGAUX COLLAUD, **Baptême dans le lac Léman à Genève : l'organisation religieuse doit au préalable être admise à entretenir des relations avec l'Etat**

Le canton de Genève n'examine les demandes de manifestations religieuses culturelles sur le domaine que lorsque l'organisation religieuse en question est admise à entretenir des relations avec l'Etat (art. 6 LLE/GE, art. 3 RLE/GE). Cette condition préalable n'est pas constitutive d'une discrimination fondée sur la religion (art. 8 al. 2 Cst.). Il s'agit par ailleurs d'une restriction admissible à la liberté religieuse (art. 15 et 36 Cst. et art. 9 par. 1 et 2 CEDH).

Procédure administrative et fédérale, TF, 07.02.2024, 2C_196/2023*

TOBIAS SIEVERT, **La qualité pour recourir des associations professionnelles contre une décision d'adjudication de gré à gré**

En matière de marchés publics, une association professionnelle qui souhaite recourir contre une décision d'adjudication de gré à gré, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, doit rendre plausible qu'une majorité ou un grand nombre de ses membres seraient à la fois aptes et disposés à soumissionner pour le marché en cause.

Procédure administrative et fédérale, TF, 28.03.2024, 1C_584/2023*

ARNAUD LAMBELET, **L'accès au juge en cas de transmission d'informations entre le juge civil et une autorité administrative**

L'art. 156 CPC accorde une protection suffisante au tiers qui souhaite contester une transmission entre le juge civil et une autorité administrative de documents confidentiels qui le concernent ; il n'en résulte pas de violation de l'art. 29a Cst.

Procédure civile, TF, 12.12.2023, 4A_95/2023 (rendu en audience publique)

ISMAËL BOUBRAHIMI, **Contrat de prise en charge postale et preuve de l'expédition du pli**

L'expéditeur qui choisit un mode de transmission postal sans délivrance par la poste d'une attestation – en l'espèce, la remise d'un pli à un coursier en vertu d'un contrat de prise en charge avec la Poste suisse – court le risque de ne pas pouvoir apporter la preuve certaine de la remise de l'envoi en temps utile. Cependant, il garde le droit de l'apporter par tout autre moyen de preuve adéquat.

Le stage d'avocat.e à Fribourg

Nina Hochstetter, Avocate-stagiaire auprès de l'Etude Aïoutz & de Steiger à Fribourg

La transition entre l'Université et le monde professionnel est généralement une étape importante pour bon nombre d'étudiants. En outre, bien que l'Université apporte des connaissances considérables aux candidat.es de bachelor et de master, elle ne familiarise pas les étudiant.es avec le quotidien du métier d'avocat.e.

Le stage d'avocat.e est donc un passage non-obligé mais souvent entrepris par les étudiant.es ayant achevé leurs études de droit.

Cette option s'offre évidemment à celles et ceux qui se prédestinent au métier d'avocat.e, mais également aux personnes préférant se diriger vers un métier de greffier.e ou de juriste. En effet, dans la pratique, un brevet d'avocat est de plus en plus souvent requis pour accéder à l'exercice de ces professions.

Dans le canton de Fribourg, la durée du stage d'avocat.e est d'au minimum dix-huit mois. Dans ce contexte, il est possible - et vivement recommandé - d'effectuer un stage de greffe d'une durée de six mois auprès d'une autorité tel qu'un tribunal d'arrondissement, une préfecture, le Tribunal cantonal ou encore le Ministère public. Bien qu'il soit possible de déduire ce stage de la durée totale du stage d'avocat.e, il est conseillé d'effectuer tout de même dix-huit mois au sein d'une étude d'avocat afin d'enrichir au maximum ses connaissances juridiques.

Les étudiants s'intéressant au métier d'avocat.e peuvent, dès la réussite de leur travail propédeutique, chercher à intégrer une étude pour un stage universitaire d'une durée de deux mois, dans le but de découvrir si cette profession pourrait devenir une vocation. Cette possibilité qu'offre l'Université, en échange de 3 crédits ECTS, est pour ainsi dire l'unique opportunité qu'ont les étudiant.es de se faire une idée du métier d'avocat.e avant de postuler réellement pour un stage. Une fois la décision prise, il est indispensable d'envoyer rapidement des dossiers de postulation car les places de stage ne sont pas aussi nombreuses que les étudiant.es terminant l'Université.

Certaines études engagent très tôt leurs futurs stagiaires et sont déjà complètes deux ans à l'avance, voire davantage. A l'inverse, d'autres maîtres de stage préfèrent

choisir un.e candidat.e à plus brève échéance. Afin d'optimiser les chances, il est donc conseillé de débiter les postulations pour un stage auprès d'une autorité deux ans avant la date d'engagement souhaitée. Une fois la confirmation obtenue, vient le moment de soumettre sa candidature à des études d'avocats et de se renseigner sur certains points fondamentaux. Par exemple, bien qu'un bon nombre d'études exercent dans tous les domaines principaux du droit, certaines ont des champs de prédilection tels que le droit de la construction ou le droit matrimonial. Sachant que l'examen du brevet porte sur le droit pénal, le droit civil et le droit administratif, il est important de garder à l'esprit que la formation, tant auprès d'une autorité judiciaire que d'une étude d'avocat, doit demeurer variée afin de permettre au candidat d'acquérir les compétences nécessaires dans tous les domaines.

* * *

Après avoir terminé mes études à l'Université de Fribourg, j'ai moi-même décidé de poursuivre ma formation en entamant un stage d'avocat.e. Particulièrement attirée par le droit pénal, j'ai débuté par un stage de greffière au sein du Ministère public qui s'est avéré très enrichissant, tant sur le plan du droit matériel que du point de vue de la procédure. Les stagiaires ont en effet l'opportunité de se voir confier la rédaction d'ordonnances pénales, d'actes d'accusation ou encore d'assister à des auditions menées par un Procureur. Cette expérience, marquant un passage entre les études universitaires et la vie professionnelle, m'a permis de découvrir les différentes étapes de l'instruction pénale et de donner un sens concret aux connaissances acquises sur les bancs de l'Université. Les cours dispensés durant le bachelor et le master, bien que très complets d'un point de vue théorique, manquent toutefois de dimension pratique. A mon sens, le stage auprès d'une autorité judiciaire remédie à cette lacune en offrant une transition "douce" aux stagiaires qui sont entourés d'une équipe attentive chargée de les superviser, aux côtés d'autres co-stagiaires dans la même situation et avec une charge de travail relativement modérée.

J'ai ensuite poursuivi mon parcours avec un second stage au sein d'une étude d'avocats, qui m'a réellement immergée dans la profession. Les tâches sont soudainement devenues plus conséquentes et variées puisque l'avocat.e-stagiaire est amené.e à rencontrer des clients, à les conseiller, à les assister auprès d'auditions de Police ou encore lors d'audiences au Tribunal. L'étape - parfois redoutée - de la plaidoirie est inévitable mais extrêmement formatrice pour apprendre à extraire d'un dossier les éléments utiles à la défense d'un client. L'avocat.e-stagiaire apprend également à respecter les délais, à faire face aux urgences et à assumer toutes sortes de responsabilités qui lui permettent d'acquérir toujours davantage d'autonomie. L'avocat.e-stagiaire doit également consacrer du temps à la rédaction de mémoires, exercice auquel il ou elle a déjà été entraîné.e à l'Université par le biais de travaux de proséminaire ou de séminaire. A ce titre, les outils assimilés et utilisés en bachelor ou en master sont d'une aide considérable pour cet aspect du métier d'avocat.e. Les Commentaires romands ou bâlois permettent d'éclaircir et de préciser des notions juridiques, tout comme d'autres ouvrages de doctrine, souvent présents dans les bibliothèques d'études d'avocats. Il est en effet éminemment (ou extrêmement) utile de s'y référer lors de la rédaction d'une écriture juridique afin d'étoffer son argumentation. Par ailleurs, pour déterminer si une question ou un problème auquel on fait face ont déjà été traités, il est indispensable de consulter régulièrement la jurisprudence. Les plateformes telles que Lawinside.ch, Crimen.ch ou d'autres sites résumant et analysant la jurisprudence sont d'excellentes ressources pour s'informer des nouvelles décisions rendues dans divers domaines. La fonctionnalité des newsletters permet en outre de recevoir chaque semaine, par courriel, les derniers résumés d'arrêts, incitant les abonnés à se tenir au courant de l'évolution du droit. J'utilise personnellement ces plateformes de manière hebdomadaire pour rechercher une réponse précise à une interrogation ou pour consulter spontanément les derniers articles publiés, quel que soit le domaine concerné.

* * *

Le stage d'avocat.e est évidemment très enrichissant du point de vue strictement juridique car après avoir passé tant d'années d'études à s'exercer sur des cas fictifs comportant des prénoms d'emprunt, le ou la

stagiaire a enfin l'occasion de traiter des dossiers réels pour le compte de clients qui vivent la procédure judiciaire d'une façon personnelle. Et c'est là qu'une nouvelle dimension, absente des thématiques étudiées à l'Université, fait son apparition. En effet, bien que les juristes ne soient pas formés à la psychologie, ils doivent bien souvent en maîtriser les principaux aspects lorsqu'il s'agit d'appréhender la situation de leur mandant, de le rassurer, de l'aider à prendre du recul ou tout simplement de nouer un lien de confiance avec lui.

Les affaires de divorce sont un bon exemple de contextes lors desquels les parties éprouvent de vives émotions qu'il faut tenter de canaliser pour mener à bien la procédure. Parfois, c'est la barrière de la langue qui complique les discussions et rend la compréhension laborieuse. Il faut alors faire preuve de patience et d'adaptation.

Ma première expérience dans ce domaine m'a confrontée au cas d'un client, ressortissant étranger sans famille en Suisse, qui se trouvait en détention provisoire depuis plusieurs mois pour cause de vente de stupéfiants. J'ai rencontré pour la première fois cet homme, qui ne s'exprimait que difficilement en français, en prison en compagnie de mon Maître de stage. Dès lors qu'il avait reconnu les faits qui lui étaient reprochés, une procédure simplifiée a rapidement pu être mise en œuvre et une audience agendée à brève échéance. A chaque rencontre, ce client m'a questionnée sur les étapes de la procédure et sur la portée de l'acte d'accusation que nous avons ratifié, et il n'a pas toujours été aisé de se comprendre. Toutefois, il s'est régulièrement montré reconnaissant pour l'aide apportée et sa gratitude m'a fait comprendre que mes visites avaient non seulement une importance juridique mais aussi une valeur humaine car dans cette situation qu'il vivait, quelqu'un se préoccupait de lui.

Cette expérience m'a permis de réaliser qu'au-delà de la procédure pénale, qui ne présentait pas de difficultés particulières dans ce cas d'espèce, il incombe aussi à un.e avocat.e d'apporter aide et soutien à son client, lequel se retrouve parfois désarmé dans un pays étranger, où il doit faire face à des magistrats et à du personnel pénitentiaire qui ne s'expriment pas dans sa langue. Parvenu au terme de sa peine privative de liberté, cet homme a finalement été libéré et a dû entreprendre lui-même les démarches nécessaires pour quitter la Suisse dès lors que la décision du Tribunal ordonnait son expulsion du territoire. Mais c'était sans compter le fait que toutes ses affaires personnelles

- séquestrées au moment de son incarcération - ne lui avaient pas été restituées à sa sortie de prison ! Privé de téléphone portable, de pièce d'identité et de carte de crédit, il n'avait évidemment aucun moyen d'organiser son départ. Heureusement, ce client a eu le réflexe de venir chercher de l'aide auprès de notre étude, grâce à l'adresse qu'il avait mémorisée. Et ce n'est qu'après de multiples appels téléphoniques, qu'il aurait été incapable d'accomplir lui-même, que nous avons pu obtenir la restitution de sa pièce d'identité et qu'il a pu finalement réserver son voyage pour le lendemain. Cette histoire illustre bien les imprévus qui peuvent surgir dans le quotidien d'un.e avocat.e et le rôle humain que ce dernier peut être amené à endosser au-delà du cadre strictement légal.

* * *

En définitive, je ne peux que vivement conseiller, à celles et ceux qui en manifestent l'intérêt, de poursuivre leur formation juridique par l'accomplissement d'un stage d'avocat.e qui sera non seulement indispensable pour s'inscrire aux examens du brevet, mais aussi extrêmement enrichissant sur le plan des relations humaines.



Vie universitaire

Chères étudiantes, chers étudiants,

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

Bonne lecture,

Votre Comité de la Fachschaft Jus

Liebe Studentinnen, chers étudiants

C'est toujours avec le même plaisir que nous vous écrivons ces quelques lignes pour vous résumer cette année académique riche en émotions et événements.

Cette année a été celle de beaucoup de records, et votre participation au Grand Débat est l'un d'entre eux. Nous vous sommes reconnaissant-e-s d'être venu-e-s si nombreuses et nombreux à notre événement phare où les discussions restent toujours aussi riches qu'intéressantes.

Im Anschluss daran machten wir uns in kleinerem Kreis auf den Weg zu unserer traditionellen Fachschaftsreise. Wir begannen unsere Reise in Bern, wo wir die Einrichtungen des EDA und das Haus der Kantone besichtigten, bevor wir nach Genf fuhren, um das Swiss Arbitration Center zu besichtigen.

La semaine d'après, nous inaugurons un nouvel événement en collaboration avec les Fachschaften de Médecine, de Sport et de Pédagogie Spécialisée : *la Grinch*. Comme toujours vous avez répondu à l'appel et pour l'occasion vous avez sorti vos pulls de Noël les plus moches. La fin du semestre d'automne a été marquée par notre concours du ticket d'or.

Wie jedes Jahr begann das Frühjahrssemester mit der Law Night, bevor zwei Wochen später die zweite Law Career Week stattfand. In diesem Jahr fand auch das erste Career Forum statt. Wir danken allen, die an den Veranstaltungen teilgenommen haben, und laden Sie ein, auch bei der nächsten Ausgabe, die einige Überraschungen bereithält, die Augen und Ohren offen zu halten. Das Ende des Semesters war etwas ruhiger, was aber nichts daran änderte, dass wir während unseres Jass-Turniers oder während unserer Kaffeepause in Zusammenarbeit mit FELFEL eine hervorragende Zeit verbrachten.

La politique universitaire a aussi été marquée par le changement. Nous avons accueilli d'une part le Professeur

Stefan Mäder qui reprend la chaire de Strafrecht I und Strafprozessrecht, mais également la venue de notre nouvelle mascotte « *l'Homonculus* ». Nous félicitons également Pauline Cattin pour sa réélection en tant que représentante de la Faculté de droit et Nathan Brandon, membre actuel du comité de la Fachschaft Jus, pour son élection en tant que Sénateur au sein du Comité de l'AGEF.

Schliesslich war einer der schönsten Momente des Semesters die Möglichkeit, Anfang Juli die Abschlussfeier der neuen Absolventen und Absolventinnen zu feiern.

Cette année aura été riche en émotion et intense. La mise en place de nos événements serait naturellement impossible, sans votre participation, pour laquelle nous vous remercions. Cette dernière nous motive à contribuer à la réalisation de ces derniers et bien d'autres encore. Bleibt also aufmerksam, denn wir werden euch in Kürze über unsere zukünftigen Veranstaltungen informieren!

Euer Vorstand der Fachschaft Jus



QUID?
Fribourg
Law Review



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

